

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Janaina Gavineski

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO À
LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Casca
2012

Janaina Gavineski

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO À
LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca
2012

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, Libério Luiz Gavineski e Sirlei Moresco Gavineski, pelo milagre da vida; aos meus irmãos, Caroline e Gabriel, pela alegria com que conduziram meus dias durante a realização desta pesquisa; e ao meu namorado, Edegar, pelo apoio e compreensão para que o meu sonho se tornasse realidade.

Agradeço a Deus por esta conquista e à minha orientadora, Me. Nadya Regina Gusella Tonial, pela amizade, além de sua intensa dedicação e apoio. Agradeço também, aos meus colegas de trabalho, aos professores, coordenação do curso e a todas as pessoas que, de qualquer forma, contribuíram para a realização do presente trabalho.

“Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos”.

Miguel Reale

RESUMO

O presente estudo analisa a concretização do direito fundamental à moradia em relação à impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, como forma de respeito à dignidade da pessoa humana e preservação do Estado Democrático de Direito. Para tanto, estudam-se os direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, bem como o contrato de locação, verificando suas modalidades de garantias, dando ênfase à fiança, a fim de garantir proteção ao bem de família do fiador do contrato de locação. Desse modo, a possibilidade da penhora sobre o bem de família do fiador locatício gera grande divergência doutrinária e jurisprudencial, em face da importância dos valores postos em conflito. Para realização da pesquisa utilizam-se os métodos hermenêutico e dialético, com a intenção de compreender o instituto do bem de família e suas peculiaridades, discutindo a sua evolução frente à realidade em constante transformação. Como marco teórico se elenca o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e o direito social à moradia, presente no artigo 6º da Carta Magna. Assim, sob um viés constitucional, constata-se a impossibilidade da penhora do bem de família do fiador de locação, embora o artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 e o Supremo Tribunal Federal prevejam o contrário. O fundamento desse entendimento sedimenta-se no direito à moradia, como forma de respeito à dignidade humana e ao núcleo familiar.

Palavras-chave: Bem de família. Dignidade Humana. Fiador. Impenhorabilidade. Locação. Moradia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 O DIREITO À MORADIA COMO ELEMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.1 A observância dos direitos fundamentais e o conseqüente respeito ao ser humano.....	11
1.2 O direito à moradia e o cumprimento da função social da propriedade	18
1.3 A efetivação do direito fundamental à moradia.....	25
2 O CONTRATO DE LOCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	31
2.1 Locação: disposições gerais.....	31
2.2 As espécies de locação e sua regulamentação	40
2.2.1 Locação de coisas prevista no Código Civil	41
2.2.2 Locação urbana residencial e não residencial.....	43
2.2.3 Locação de imóveis rurais	49
2.3 As garantias cabíveis no contrato de locação	51
3 O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO E SUA (IM)PENHORABILIDADE	58
3.1 Bem de família: voluntário e legal	59
3.2 As exceções à impenhorabilidade do bem de família legal.....	67
3.3 A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador de locação: visão doutrinária e jurisprudencial	75
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a penhora do bem de família do fiador locatício, tendo em vista o problema enfrentado por milhares de cidadãos brasileiros quando têm seu único imóvel residencial penhorado pelo fato de ter prestado fiança em um contrato de locação. Esta norma passou a vigorar a partir da publicação da Lei n. 8.245/91, a Lei do Inquilinato, a qual acrescentou o inciso VII, ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90, a Lei do Bem de Família.

Justifica-se o presente estudo tendo em vista a importância de buscar uma decisão justa e adequada no momento da possível penhora do bem de família do fiador de locação. Neste contexto, a locação se apresenta como um dos contratos mais realizados pelos brasileiros que, segundo dados do censo de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 32 milhões de pessoas vivem em casas alugadas, o que demonstra que o direito fundamental à moradia ainda não foi totalmente concretizado. Por sua vez, tendo em vista o grande número de contratos de locação existentes no país, igualmente há a necessidade de grande número de fiadores, que, em muitos casos, poderá tornar-se questão judicial.

Objetiva-se, desse modo, analisar o instituto da (im)penhorabilidade do imóvel residencial do fiador locatício à luz do direito à moradia, dadas as inúmeras discussões acerca do assunto, analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com o direito à moradia, direito fundamental de segunda geração. Ainda, objetiva-se estudar o contrato de locação, sua noção, espécies e regulamentação, verificando as suas modalidades de garantias, bem como discorrer sobre o instituto do bem de família e suas exceções, identificando o tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência acerca da possível penhora do bem de família.

Nesta senda, verifica-se que a problemática que envolve a penhora do bem de família do fiador locatício encontra divergências entre os doutrinadores, bem como na jurisprudência, o que ocasiona a divisão da posição acerca do assunto em duas correntes opostas: existem aqueles que entendem que a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito social à moradia, previstos na Constituição Federal. De outra vertente, afirmam que tal penhora decorre de obrigação

assumida pelo fiador por vontade própria, renunciando, portanto, o direito à moradia. Com efeito, pergunta-se: a penhora do bem de família do fiador de locação, prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, viola o direito social à moradia, presente no artigo 6º da Constituição Federal?

Para responder a esta questão, utilizam-se, conjuntamente, os métodos de abordagem hermenêutico e dialético, visto que melhor se adaptam ao tema proposto. O primeiro é utilizado para descobrir o conhecimento, que só se alcança pela compreensão de um instituto, pela interpretação dos inúmeros fatores que o compõe. Já o método dialético, por discutir e debater as contradições da realidade, que se apresenta de forma contraditória e em permanente transformação. Quanto ao procedimento, adota-se o método documental, o qual se delimita o estudo a partir da análise de obras e documentos já publicados sobre o tema. Para a elaboração deste estudo utilizam-se a leitura e pesquisa bibliográficas, compreendendo doutrina e jurisprudência. O marco teórico reside no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal, e no direito social à moradia, presente no artigo 6º da Carta Magna.

O estudo está dividido em três capítulos, tratando sobre: o direito à moradia como elemento para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana; o contrato de locação no ordenamento jurídico brasileiro e o bem de família do fiador de locação e sua (im)penhorabilidade. Na primeira parte, trata-se do direito à moradia relacionado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, além da observância dos direitos humanos e fundamentais e o consequente respeito ao ser humano. A seguir é abordado o direito à moradia e sua efetivação, bem como o cumprimento da função social da propriedade, intimamente ligado à moradia.

Num segundo momento, analisa-se o contrato de locação, buscando tecer algumas considerações essenciais acerca desse tipo contratual. Após, são explanadas as disposições gerais que regem tal contrato, além das suas espécies, quais sejam: locação de coisas regulada pelo Código Civil, locação urbana residencial e não residencial e a locação de imóveis rurais. Ainda, são identificadas as garantias aplicáveis à locação, dando ênfase à figura da fiança.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva estudar o bem de família, cuja proteção encontra-se disposta na Lei n. 8.009/90. Da mesma forma, são elencadas as exceções à impenhorabilidade do bem de família legal e, por último, constata-se o tratamento dado pela

doutrina e pela jurisprudência à penhora do bem de família do fiador locatício no caso de inadimplemento do locatário.

Portanto, a presente pesquisa não tem por objetivo esgotar o assunto, na medida em que a matéria reveste-se de suma importância para a efetiva realização dos direitos constitucionais assegurados a todas as pessoas. Busca-se, contudo, incentivar a realização de novos estudos acerca do tema em questão.

1 O DIREITO À MORADIA COMO ELEMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito que o é, tem por fundamento¹ o respeito aos direitos humanos e à democracia, os quais devem ser assegurados aos cidadãos brasileiros e estrangeiros, sem distinção, na forma da lei.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988, como Lei Maior, positivou os direitos fundamentais, inicialmente os individuais² e, após, os sociais,³ uma vez que estes direitos são absolutamente necessários, pois objetivam consagrar o respeito à pessoa, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Assim sendo, dentro do rol dos direitos fundamentais, destacam-se os direitos sociais que traduzem valores denominados de liberdades positivas e que se concretizam pela prestação do Estado. Dentre eles ressalta-se o direito à moradia, objeto do presente estudo, que se mostra como um direito essencial, indissociável da vontade do homem e, portanto, indisponível.

A moradia tem estreito relacionamento com os aspectos em que se baseia a dignidade da pessoa humana: saúde, alimentação, educação e lazer, visto que, não se pode ter saúde, alimentação, educação e lazer adequados sem a existência de uma moradia igualmente adequada, de modo que não existe a dignidade humana sem o direito à moradia. (CARBONARI, 2007, p. 35-36).

Contudo, antes de adentrar no tocante à moradia, cumpre contextualizar os direitos fundamentais para a sua interpretação e, conseqüentemente, para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ A Constituição da República Federativa do Brasil elenca, no seu artigo 1º, os fundamentos que alicerçam o Estado: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

² O rol de direitos fundamentais individuais está elencado no artigo 5º da Constituição Federal, que assim prevê: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

³ Os direitos fundamentais sociais, por sua vez, encontram-se positivados no artigo 6º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

1.1 A observância dos direitos fundamentais e o conseqüente respeito ao ser humano

Vários estudos têm examinado as relações entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, devido ao objetivo que ambos buscam concretizar: a dignidade do homem. Destarte, o valor da dignidade humana, por possuir um caráter de essencialidade no ordenamento constitucional, assume um importante papel de efetivação e legitimidade para os direitos fundamentais.

Nesta esteira, a política dos direitos humanos, considerados como tais aqueles outorgados a todos os cidadãos pela sua mera condição de ser humano, luta por seu reconhecimento jurídico e pela sua aplicação a casos particulares, bem como representa a construção de um poder que torna efetiva a ampliação e vigência dos mesmos. Os direitos fundamentais, por sua vez, possuem sentido mais preciso e restrito em relação aos direitos humanos, na medida em que constituem o conjunto de liberdades e direitos reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de cada Estado. Logo, os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições.

Desse modo, os direitos humanos⁴ e os fundamentais⁵ funcionam como marco normativo das relações sociais, possibilitando “criar uma definição de comunicação política que viabilize a autonomia do cidadão e uma gestão pública de universos e demandas que visem uma maior participação dos cidadãos aos interesses sociais”. (PIRES, 2011, p. 445).

O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos⁶ são a base das Constituições democráticas, visto que “a concretização dos direitos fundamentais, enquanto direitos

⁴ A relevância dos direitos humanos apresenta-se “pelo aspecto de que na contemporaneidade a sociedade vivencia um contexto democrático, no qual os direitos humanos ordenam os movimentos sociais, que venha ao encontro da busca de contemplar os interesses de todas as classes sociais. Portanto, é importante observar as potencialidades do ser humano, bem como suas diferenças e qualidades nos quais a ideia de que os direitos, em uma linha de tempo, tornam-se realidade na medida em que são construídos pela sociedade, concretizando-se em ações de cidadania”. (PIRES, 2011, p. 429-430). Ainda, “na atual luta em prol dos direitos humanos, tem-se dedicado atenção especial à necessidade de estabelecimento de mecanismos eficazes de combate às violações particularmente graves de tais direitos. Dentre os avanços logrados nos últimos anos, cabe destacar, por exemplo, a emergência de um verdadeiro regime jurídico internacional contra a tortura, assim como a condenação absoluta dos desaparecimentos forçados ou involuntários de pessoas”. (TRINDADE, 1999, p. 345).

⁵ Com relação aos direitos fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade deles. “Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”. (OLIVEIRA, 2003, p. 3).

⁶ Os direitos humanos, “depois da Segunda Guerra Mundial, vincularam, de fato, a dignidade à igualdade. Assim, no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dignidade e igualdade estão associadas: ‘Todos os seres humanos

humanos positivados, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, condição à sua manutenção”. (CERQUEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 529).

No século XIX, houve a constitucionalização dos direitos humanos, inaugurando uma nova fase no desenvolvimento do sistema de proteção destes direitos, sendo que, justamente, nesse período os direitos constantes nas Declarações de Direitos passaram a ser inseridos nas Constituições dos Estados, e se incorporaram à história do constitucionalismo. (PIOVESAN, 2004, p. 44).

Na realidade atual, a discussão acerca dos direitos humanos circunda o cenário jurídico internacional, mas, especialmente, o cenário nacional, visto que o tema apresenta-se como um dos principais aspectos que movimentam a sociedade, tornando-se requisito indispensável para a construção e a efetivação da cidadania. Neste caso, merece destaque a Constituição Federal de 1988, que em seu bojo trouxe ideais de justiça que nunca antes foram consagrados em outro texto constitucional brasileiro. (TERRA, 2011, p. 163).

Entretanto, nem sempre a realidade foi essa. Verifica-se que os direitos humanos surgiram da historicidade do próprio homem,⁷ ou seja, nasceram da evolução da sociedade. Estes direitos almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, por isso, nascem com o indivíduo,⁸ são inerentes⁹ ao ser humano, universais, adquiridos pelo simples existir e se aperfeiçoam ao longo da história. Percebe-se que,

os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 2004, p. 18).

nascem livres e iguais em dignidade e em direito. São dotados de razão e de consciência e devem agir, uns para com os outros, num espírito de fraternidade””. (MAURER, 2005, p. 80).

⁷ Verifica-se que a evolução histórica dos direitos humanos “no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada uma destas etapas, os Direitos Humanos foram se incorporando, sendo primeiro nas idéias políticas, e em seguida no plano jurídico (portanto no sistema normativo do direito positivo internacional e interno)”. (LEAL, 2000, p. 33).

⁸ O conceito de direitos humanos “se funde com a origem da História e a percorre em sua trajetória. Neste lapso de tempo, o homem desde as mais diversas culturas, procura ideais e aspirações que respondem à variedade de suas condições materiais de existência, de seu desenvolvimento cultural, de sua circunstância política”. (PIRES, 2011, p. 446).

⁹ Nesse sentido, “embora os direitos humanos sejam inerentes à própria condição humana, seu reconhecimento e sua proteção resultam de um longo processo histórico de lutas contra o poder e de busca de um sentido para a humanidade”. (CERQUEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 526).

Assim, a evolução histórica dos direitos inerentes ao ser humano não ocorreu de maneira oposta ao processo social, revelando-se lenta e gradual, momento que os direitos humanos foram construídos conforme a própria experiência da vida humana em sociedade. (PIRES, 2011, p. 430). Ainda, percebe-se que alguns direitos não contemplados a algum tempo, atualmente são protegidos pelo Estado, “tais como a questão da proteção ao meio ambiente, do livre desenvolvimento da personalidade e diversos outros que vão nascendo conforme o caminhar da civilização humana”. (PIRES, 2011, p. 445).

Os direitos humanos são tidos ainda como direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, abraçando assim a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, buscando, dessa forma, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. (BOBBIO, 2004, p. 18). Nas palavras de Luño representam “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.¹⁰ (1995, p. 48).

De outro lado, os direitos fundamentais não podem ser realizados globalmente e ao mesmo tempo, pois necessitam de uma obra de conciliação, requerem renúncias recíprocas, opções políticas e orientações ideológicas. (BOBBIO, 2004, p. 18). Logo, a positivação destes direitos fundamentais significa a sua incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do cidadão, na Constituição de cada Estado.

Ressalta-se que “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”. (CANOTILHO, 2003, p. 377). Desse modo, os direitos fundamentais representam “direitos que dispõem de alto grau de importância no ordenamento jurídico constitucional,¹¹ haja vista ser a característica principal a fundamentalidade para a pessoa humana”. (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 144). Assim, “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. (BONAVIDES, 2006, p. 592).

¹⁰ Tradução livre da autora: “um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, materializam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

¹¹ Para Schier, é a partir dos direitos fundamentais que se deve compreender uma Constituição, visto que estes que justificam a criação e o desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. (2003, p. 5).

Ao tratar da titularidade dos direitos fundamentais, verifica-se que “toda a pessoa possui dignidade, e, note-se, independentemente da sua nacionalidade, das suas características pessoais, das suas prestações e do seu *status* social”, todos têm o direito de ver reconhecidos os seus direitos. (KLOEPFER, 2005, p. 161).

Tais direitos podem ser classificados em cinco diferentes grupos: direitos de primeira, de segunda, de terceira, de quarta e de quinta geração ou dimensão.¹²

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos¹³ e garantias¹⁴ individuais, os direitos políticos, as liberdades públicas, os direitos de defesa do indivíduo. São os chamados direitos negativos, em que o Estado deve abster-se,¹⁵ para que eles se concretizem. Encontram-se, neste rol, o direito à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Assim, os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2006, p. 563-564).

Já, os direitos de segunda geração¹⁶ são os direitos sociais, econômicos e culturais. São aqueles que exigem a intervenção do Estado, também chamados direitos de prestação, ou seja, que o Estado deve prestar ao cidadão. O rol dos direitos sociais encontra-se elencado no artigo 6º da Constituição Federal, quais sejam: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

¹² As gerações de direitos fundamentais traduzem a ideia de uma sequência de descobertas de direitos, de um processo evolutivo de reconhecimento de novos direitos, cuja cronologia histórica está vinculada ao lema revolucionário francês do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões. (CERQUEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 528). Nesta pesquisa os termos ‘dimensão’ e ‘geração’ são usados como sinônimos, sem adentrar na discussão que a doutrina realiza sobre eventual diferença entre essas expressões.

¹³ “Os direitos individuais apresentam, todos eles, um caráter comum: eles limitam os direitos do Estado, mas não lhe impõem qualquer serviço positivo ou prestação em benefício dos cidadãos. O Estado deve abster-se, para deixar livre a atividade individual, sendo que o indivíduo nada deve reclamar. Entre esses direitos não são enumerados o direito à assistência, à instrução, ao trabalho, como reivindicações que o cidadão pudesse fazer ao Estado”. (BARACHO, 2006, p. 447).

¹⁴ As garantias individuais “são verdadeiras leis positivas e obrigatórias. São consideradas como artigos constitucionais que asseguram ao cidadão a prática dos direitos individuais. Propõem conferir aos direitos individuais garantidos a força que lhes é própria. As garantias de direitos visam proteger os direitos individuais contra o próprio legislador impedindo-o de fazer qualquer lei que viole os direitos constitucionalmente enumerados”. (BARACHO, 2006, p. 449).

¹⁵ “Conquanto a maior parte dos direitos fundamentais apareça, numa primeira leitura, como direitos defensivos, protegendo os indivíduos contra a ação do Poder Público e impondo, a esse, *deveres de abstenção*, isto é, interditos ao exercício das liberdades públicas, percebe-se que, ao lado dessas garantias, surgem outros direitos, com outros efeitos – *efeitos positivos* – impondo ao Poder Público não só deveres de abstenção, mas também *deveres de proteção*, consistentes numa obrigação positiva para o Estado de adotar medidas hábeis a assegurar a proteção ou a promoção do exercício das liberdades civis e dos demais Direitos Fundamentais”. (COSTA, 2003, p. 70).

¹⁶ Na mesma linha de pensamento, Oliveira Junior sustenta que os direitos de segunda geração são a passagem das liberdades negativas, de opinião e religião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, requerendo do Estado uma intervenção direta. (2000, p. 86).

Salienta-se, que “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais [...], se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão”. (SARLET, 2009, p. 48).

Os direitos de terceira geração,¹⁷ como referido por Sarlet, são os direitos difusos¹⁸ e coletivos,¹⁹ direitos de solidariedade ou fraternidade,²⁰ previstos no artigo 225²¹ da Constituição Federal. Os direitos difusos são aqueles que pertencem a um número indeterminado de titulares, sendo ainda indivisíveis, pois se algo for feito para protegê-los, todos aqueles titulares se aproveitarão, em caso contrário, também todos sairão prejudicados. (2009, p. 48).

Portanto, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração cristalizaram-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente “à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm em primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Por sua vez, os direitos de quarta geração têm sua base na dignidade²² da pessoa humana e aguardam consagração na esfera do Direito Internacional e das ordens constitucionais internas. Nesta seara podem ser citados os direitos à democracia, à bioética, à informação e ao pluralismo, dentre outros. Estes ainda não possuem fundamento legal no ordenamento brasileiro. Assim, no que tange aos direitos fundamentais de quarta geração,

¹⁷ Os direitos de terceira geração visam proteger, dentre outros, o direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso. (MORAES, 2011, p. 26).

¹⁸ A Lei n. 8.078/90 que dispõe sobre a proteção do consumidor, em seu artigo 81, inciso I, assim prevê: “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

¹⁹ O artigo 81, inciso II, da Lei n. 8.078/90, assim prevê: “Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base”. Assim “a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção”. (SARLET, 2009, p. 49).

²⁰ Os direitos de terceira geração, que compreendem os direitos da fraternidade, ultrapassam os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (OLIVEIRA, 2003, p. 4).

²¹ Artigo 225, caput, da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

²² Alves traz a origem etimológica da palavra dignidade, ou seja, “no termo latino *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, nobreza, excelência, enfim, indica qualidade daquilo que é digno e merece relevância”. (2001, p. 109). Ainda, “o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo”. (COMPARATO, 2005, p. 31).

longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno (ressalvando-se algumas iniciativas ainda isoladas de participação popular direta no processo decisório, como ocorre com os Conselhos Tutelares [no âmbito da proteção da infância e da juventude] e especialmente com as experiências no plano do orçamento participativo, apenas para citar alguns exemplos) e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica. (SARLET, 2009, p. 51).

Fala-se, ainda, em direitos fundamentais de quinta geração, que consistem nos direitos advindos da realidade virtual, demonstrando a preocupação com a difusão e desenvolvimento tecnológico da cibernética, na atualidade, o que confirma a hipótese bobbiana da historicidade das matérias que envolvem as gerações de direitos fundamentais, bem como de certa independência de umas em relação às outras, na medida em que o aparecimento de uma nova geração²³ não implica o desaparecimento de alguma das precedentes, embora possa redefini-la. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 145-147).

Para Oliveira Junior, esses novos direitos revelam um aumento da complexidade social e assinalam a presença de certos paradoxos do bom governo e da justiça, “quando se trata de privilegiar mais a liberdade em detrimento da igualdade e vice-versa no atendimento desses direitos”. (2000, p. 87).

Importante ressaltar que a constitucionalização dos direitos humanos, transformados em direitos fundamentais, ou seja, a travessia dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo, não significa a sua despedida. Observa-se que os direitos humanos não perdem, nessa transformação, nada em validade moral, pelo contrário, eles obtêm, adicionalmente, uma validade jurídico-positiva. (CERQUEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 526). Portanto, a vinculação essencial tanto dos direitos humanos quanto dos fundamentais à dignidade humana, “enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”. (BONAVIDES, 2006, p. 562).

²³ “Uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão geracional de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”. (PIOVESAN, 1999, p. 122).

Neste contexto, percebe-se indissociável a relação entre a dignidade da pessoa humana²⁴ e os direitos humanos e os fundamentais, visto que, mesmo nas ordens normativas em que a dignidade ainda não mereceu expressa referência, não se pode concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Logo,

o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2001, p. 87).

A proteção que a Constituição dá à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança é extensiva a todos quantos estejam sujeitos à ordem jurídica, sem qualquer distinção, pois seria “inadmissível que qualquer pessoa possa ser ferida em um desses bens jurídicos tutelados sem que receba a devida proteção das leis brasileiras”. (SILVA, N., 2002, p. 39).

Enfim, a questão da defesa e da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos humanos e fundamentais,²⁵ no âmbito jurídico, alcançou sua maior importância no final do século XX, especialmente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade. A temática da dignidade humana e dos direitos que lhe são correlatos passou, então, a integrar o Direito Constitucional, elevada à condição de princípio fundamental, ou ainda, de valor essencial que dá unidade ao sistema, ocupando um estágio de relevância ímpar no ordenamento jurídico.

Desta maneira, percebe-se que os direitos humanos, juntamente com os fundamentais, sob o aspecto de concretização do princípio da dignidade humana, bem como dos valores de

²⁴ A dignidade da pessoa humana, “como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. (SARLET, 2005, p. 19).

²⁵ Diante da análise dos direitos humanos e fundamentais pode-se concluir “que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de ilimitada restrição. Porém, tais restrições são limitadas. Trata-se de limites imanentes dos limites que devem balizar a ação do legislador ao restringir direitos fundamentais. Estes limites decorrem da própria Constituição e referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial, quanto à determinação, clareza, generalidade e proporcionalidade das restrições”. (SILVA, N., 2002, p. 46).

justiça, liberdade e igualdade²⁶, constituem condição de existência e medida da legitimidade do Estado Democrático de Direito, tal como consagrado na Constituição Federal. Dentre esses direitos fundamentais, destaca-se o de moradia como objeto desse estudo.

1.2 O direito à moradia e o cumprimento da função social da propriedade

Diversos direitos sociais são expressamente assegurados pela Carta Magna, como saúde, trabalho, lazer, seguridade e previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, educação e moradia. Eles estão enunciados nos artigos 6º a 11 e regulamentados em vários outros dispositivos incluídos no Título VIII,²⁷ dedicado à ordem social.

Os direitos sociais,²⁸ enquanto direitos fundamentais de segunda dimensão, podem ser definidos como direitos de conteúdo econômico-social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho para todos os cidadãos. São prestações positivas do Estado em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais fracos da sociedade. (PINHO, 2002, p. 161).

Especificamente nesta pesquisa tem-se por foco o direito social à moradia, ou seja, o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, o abrigo e a proteção que tem para si e para os seus, que se caracteriza por ser inviolável e constitucionalmente protegido. Ressalta-se que o direito à moradia faz parte do direito à subsistência, que pertence a expressão mínima do direito à vida e que está intimamente ligado ao princípio constitucional da dignidade humana. (SOUZA, 2008, p. 44).

²⁶ Nesta linha, exsurge a noção de igualdade humana e “a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”. Assim, “o reconhecimento universal de que, em razão dessa igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”. (COMPARATO, 2005, p. 1)

²⁷ O Título VIII, da Constituição Federal, que trata da ordem social, tem por base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, e encontra-se disposto nos artigos 193 a 232.

²⁸ Os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”. (SILVA, 2012, p. 286).

Neste sentido, a moradia²⁹ consiste em bem irrenunciável da pessoa, indissociável de sua vontade e, portanto, indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como “a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido”. (SOUZA, 2008, p. 44).

Desde o advento da sociedade e da admissão das atividades domésticas e da administração do lar no domínio público, que “o domínio privado do lar era a esfera na qual as necessidades da vida, da sobrevivência individual e da continuidade da espécie eram atendidas e garantidas”. (ARENDRT, 2010, p. 55).

O bem da moradia é inerente ao ser humano e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica, cabendo ao Estado o dever de zelar e de prestar tal garantia,³⁰ uma vez que o Estado Democrático de Direito tem por finalidade, dentre tantas outras, garantir os direitos fundamentais através do princípio democrático,³¹ em que o poder origina-se do povo, uma vez que escolhe seus próprios representantes e estes, por sua vez, têm o dever de desempenhar funções em proveito daqueles. (MORAES, 2006, p. 21).

O direito à moradia sempre foi reconhecido como uma expressão dos direitos sociais, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. (SILVA, 2004, p. 313). Neste contexto, se traduz como um dever do Estado que implica a contrapartida do direito a tantos quantos necessitem de uma habitação.

²⁹ “O direito fundamental social à moradia deve ser diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, como aquele que possui intuito de possibilitar às pessoas a habitação em ambiente adequado e decente. Dessa maneira, torna-se imprescindível a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana quando da efetivação do direito à moradia, não havendo que se conceber uma moradia desprovida de dignidade”. (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 146).

³⁰ No sentido da prestação positiva dos direitos fundamentais por parte do Estado, Luño aduz que “mientras los derechos individuales se dirigen a determinar una esfera dentro de la cual los individuos pueden actuar libremente, los derechos sociales tienden a obtener la intervención del Estado para satisfacer algunas exigencias de los ciudadanos que se consideran fundamentales. (1995, p. 85). Tradução livre da autora: “enquanto os direitos individuais são destinados a determinar uma esfera dentro da qual os indivíduos podem agir livremente, os direitos sociais tendem a obter a intervenção do Estado para satisfazer algumas demandas dos cidadãos que são considerados fundamentais”.

³¹ Sabe-se que o Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado. Assim sendo, verifica-se que “o constituinte teve o objetivo de transparecer de forma clara a inequívoca sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”. (SARLET, 2010, p. 71).

Além da Constituição Federal, o direito à moradia está positivado também no artigo XXV³² da Declaração Universal dos Direitos Humanos,³³ que deu origem ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,³⁴ ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Esse tratado disciplinou o direito à moradia em seu artigo 11,³⁵ estabelecendo que os Estados tomem medidas para assegurar o acesso à moradia adequada. E, posteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica,³⁶ também dispôs sobre a concretização plena do direito à moradia.

Ressalta-se, porém, que o conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação, mas também, que seja um local de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Exige-se uma habitação digna e adequada a todo cidadão, uma vez que se trata de situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico e que pertence a categoria de fundamental. Nessa linha,

a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido. (SILVA, 2004, p. 313).

³² Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. [...]”.

³³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, “retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos”. (COMPARATO, 2005, p. 223).

³⁴ “As disposições constantes do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é exemplo daquilo que se convencionou chamar de *normas de caráter programático*, por meio das quais os Estados se comprometem a adotar medidas destinadas a proteger os direitos econômicos, sociais e culturais mencionados no tratado. Por este Pacto, os Estados ‘reconhecem’ direitos aos cidadãos, não estando desde já garantidos”. (MAZZUOLI, 2007, p. 722-723).

³⁵ Artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. [...]”.

³⁶ O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 26 traz a seguinte previsão: “Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. (MAZZUOLI, 2007, p. 726).

Não basta reconhecer o direito à moradia adequada como direito humano fundamental, é imprescindível que a moradia esteja acessível a todos aqueles que pelos seus próprios meios não conseguiram obtê-la, como respeito à sua dignidade. Dessa maneira, “a proteção da dignidade é a proteção não apenas da vida, mas da vida em sua plenitude, e isso inclui uma vida feliz. A moradia é apenas um dos muitos aspectos atribuíveis à concretização da dignidade, mas é tão importante e essencial quanto os demais”. (CARBONARI, 2007, p. 31-35).

Cumprido salientar que intimamente relacionado ao direito à moradia encontra-se a denominada função social da propriedade. Constatamos que, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância na sociedade, as questões da propriedade imóvel, da moradia e do uso adequado da terra passaram a ser a grande questão do século XX, agravada no início desse século pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. (VENOSA, 2003, p. 153-154). Nessa linha, a concepção de propriedade continua sendo elemento essencial para determinar a estrutura econômica e social dos Estados.

Destaca-se que antes da constitucionalização do direito, a propriedade era definida como absoluta, como

un derecho total: el propietario tiene todos los poderes sobre la cosa. Este conjunto de poderes puede descomponerse en tres atributos: *jus utendi* o derecho de servirse de la cosa, *jus fruendi* o derecho de percibir sus productos, *jus abutendi* o derecho de disponer de la cosa: conservarla, donarla, venderla, destruirla, abandonarla.³⁷ (MAZEAUD; MAZEAUD, 1978, p. 56).

Todavia, na atualidade o direito de propriedade não se reveste mais do caráter absoluto e intangível, pois ele está sujeito a inúmeras limitações, impostas pelo interesse público e pelo interesse privado, inclusive pelos princípios do bem comum e da justiça. (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 111). Assim, “em face da modificação das expectativas comportamentais que fazem parte do instituto, o próprio ordenamento jurídico veio contemplar a ideia de que a propriedade passa a ser restrita”. Com essa visão, modificou-se “a vetusta interpretação do instituto, que atribuía ao proprietário poder absoluto sobre a coisa. Essa decisão ocorreu em

³⁷ Tradução livre da autora: “um direito total: o proprietário tem todos os poderes sobre a coisa. Este conjunto de poderes pode ser decomposto em três atributos: *jus utendi* ou direito de usar a coisa, *jus fruendi* ou direito de receber seus produtos, *jus abutendi* ou direito de dispor da coisa: conservá-la, doá-la, vendê-la, destruí-la, abandoná-la”.

virtude da característica do direito de propulsor do desenvolvimento social”. (SOARES, 2012, p. 102).

Logo, a limitação do direito de propriedade ligada à realização da sua função social enraíza-se na Constituição Federal, tanto na disciplina que trata dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, XXII³⁸ e XXIII³⁹) quanto nos princípios da ordem econômica (artigos 170, II e III⁴⁰). Por força disso decorrem algumas consequências como: a lei que limitar o exercício do direito de propriedade não será inconstitucional, se visar, com a restrição, garantir o atendimento à correspondente função social; a interpretação teleológica de norma legal, para o atendimento à função social do direito de propriedade como argumento decisivo para explicitar-lhe o conteúdo; mesmo não existindo na lei a previsão de certa limitação ao direito de propriedade, se ela for indispensável ao atendimento da sua função social, vigorará a restrição por força da aplicação direta dos preceitos constitucionais indicados. (COELHO, 2012, p. 83).

Desse modo, a Carta Magna prescreveu que de um lado, não se podem sacrificar os interesses públicos, coletivos e difusos para atendimento do interesse do proprietário; mas também não se pode aniquilar este último em função daqueles, ou seja, a propriedade deve estar apta a cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera. (COELHO, 2012, p. 73).

Em virtude dessa amplitude no conceito jurídico de função social da propriedade, as limitações ditadas pelo zoneamento,⁴¹ tombamento,⁴² proteção ao patrimônio histórico e cultural⁴³ e entre outras, bem como a supressão do poder de reivindicar a posse de área

³⁸ Inciso XXII, do artigo 5º da Constituição Federal: “É garantido o direito de propriedade”.

³⁹ Inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal: “A propriedade atenderá a sua função social”.

⁴⁰ Artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade. [...]”.

⁴¹ O zoneamento ambiental consiste num instrumento de proteção ambiental, previsto no inciso II, do artigo 9º da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). O zoneamento deve ser efetuado em nível nacional (macrozoneamento), regional e municipal. (MUKAI, 2005, p. 50).

⁴² “Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”. (MEIRELLES, 2008, p. 584). Atualmente, sua efetivação, como forma de proteção ao patrimônio público, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 216, cujo parágrafo 1º assim prevê: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação”.

⁴³ O conceito de patrimônio histórico e cultural nacional “abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental. Tais bens tanto podem ser realizações humanas como obras da Natureza; tanto podem ser preciosidades do passado como criações contemporâneas”. (MEIRELLES, 2008, p. 583).

extensa ocupada por número significativo de possuidores de boa-fé,⁴⁴ também encontram seus fundamentos no instituto da função social da propriedade. (COELHO, 2012, p. 84).

Por isso, é conveniente que a análise da função social da propriedade investigue algumas referências que as concepções atuais alcançam, “no pertinente à ‘efetividade do poder’ com que os direitos alheios aos do proprietário conseguem efeito sobre o bem – terra que ele titula, em nome da ‘função social’ que a relação jurídica gerada a partir da sujeição desse bem àquele sujeito esteja obrigada a cumprir”. (ALFONSIN, 2003, p. 164).

Assim, a própria Constituição impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão de conteúdo vago, mas que, genericamente, pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo. A Constituição prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro,⁴⁵ bem como a utilização da propriedade particular em caso de perigo iminente, assegurado o pagamento da competente indenização.⁴⁶ (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 111).

É ainda a Magna Carta que autoriza o Município a desapropriar o imóvel urbano não edificado, inadequadamente aproveitado ou subutilizado,⁴⁷ como também permite à União desapropriar o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social para fins de reforma agrária.⁴⁸ (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 112).

Em contrapartida, observa-se que a limitação da propriedade também pode decorrer de ato voluntário, como ocorre com a imposição das cláusulas de inalienabilidade,

⁴⁴ Aos possuidores de boa-fé impõem-se os deveres de lealdade e correção, visto que “tais noções decorrentes da boa-fé objetiva promovem uma eticização das relações contratuais, tendo por fim a proteção das legítimas expectativas das partes e, como fundamento, a tutela da dignidade da pessoa humana”. (TONIAL, 2009, p. 141).

⁴⁵ O inciso XXIV, do artigo 5º da Constituição Federal assim dispõe: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁴⁶ Inciso XXV, do artigo 5º da Constituição Federal: “No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁴⁷ Artigo 182, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] Parágrafo 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

⁴⁸ Artigo 184, caput, da Constituição Federal: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

impenhorabilidade e incomunicabilidade em doações ou testamentos. (VENOSA, 2003, p. 164).

Assim, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da mesma, pois estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito, à propriedade. Nesta senda, a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, ou seja, “é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”. (SILVA, 2012, p. 281-282).

Portanto, para a propriedade atingir a sua função social,⁴⁹ ela deve ser geradora de trabalho e de empregos, estar apta a produzir riquezas e a contribuir para o bem geral da nação. “É a propriedade dos novos tempos, a eliminar a propriedade estéril e improdutiva”. (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 116).

Desse modo, o cumprimento da função social da propriedade se faz necessária para que se possa efetivar ao cidadão o direito a uma moradia digna, pois a função social integra o conteúdo dos direitos humanos que garantem a dignidade da pessoa na conquista da sua cidadania.

Com isso, verifica-se que a observância do direito à moradia é complemento indispensável para atingir o objetivo da eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como, o cumprimento da função social da propriedade, tão almejado pela Carta Maior e revela-se imprescindível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁴⁹ Nas palavras de Soares, “a função social da propriedade foi uma estrutura importante para a redução da complexidade apresentada no que se refere ao direito de propriedade. A partir de seu nascimento, modificaram-se as expectativas normativas desse direito, não se aceitando mais que as decisões tomadas nesse contexto contrariassem os anseios sociais. Ao final, percebe-se que, diante dessa nova estrutura, o alcance da redução das desigualdades sociais pode ser perfectibilizado, introduzindo-se esse requisito como item indispensável para a decisão de qualquer complexidade gerada em função de seu descumprimento”. (2012, p. 142).

1.3 A efetivação do direito fundamental à moradia

A efetivação dos direitos fundamentais está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. Esta temática é de suma relevância, mormente quando se observa que existe uma tendência de supressão destes direitos e minimização de sua aplicabilidade prática.⁵⁰ Logo, não basta apenas a positivação de sua proteção, é necessária a sua plena concretização.

A consagração nos textos constitucionais dos direitos sociais retrata a evolução do Estado de Direito, de uma visão liberal e individualista para uma visão social. A partir de tal entendimento, percebe-se que o Estado social nada mais é do que uma adaptação do Estado liberal às necessidades sociais emergentes e decorrentes dos movimentos revolucionários que se observaram na Europa. (MARCONATTO, 2008, p. 165).

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, está longe de esgotar suas possibilidades, já que cada etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos. “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários”. (SILVA, 2004, p. 149).

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais,⁵¹ invocam do poder público uma demanda de recursos para a sua aplicabilidade plena, o que gera pressões ideológicas e envolve escolhas políticas determinantes para alcançar o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária.⁵² (ALMEIDA, 2006, p. 1).

⁵⁰ Verifica-se que “a visão de que os direitos sociais são também direitos fundamentais exsurge como um escudo de proteção a estes direitos, inclusive por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, impingindo um dever de observância e realização material dos mesmos”. (ALMEIDA, 2006, p. 1).

⁵¹ Com a mesma ideia, José Afonso da Silva afirma que “de minha parte, sempre tomei a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. (2002, p. 2).

⁵² Estes são os ideais insertos no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, cuja redação segue: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A questão técnica que surgiu na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar a efetividade plena através de um conjunto de fatores e recursos jurídicos, que passaram a se chamar de garantias constitucionais dos direitos do homem. Esta exigência técnica determinou que o reconhecimento destes direitos se fizesse segundo formulação jurídica positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições. (SILVA, J., 2002, p. 3).

Isso aconteceu, primeiramente, com os direitos individuais, que se apresentavam com fórmulas abstratas e sua positivação nos textos constitucionais lhes imprimiu um caráter concreto. Ocorre que, os direitos sociais, também, estão passando por esse processo de afirmação, em que se percebe que sua positivação e subjetivação é, hoje, uma realidade nas Constituições modernas. (SILVA, J., 2002, p. 3).

Cumprir referir que a doutrina brasileira fala em efetividade quando quer se referir à concretização e à plena realização dos direitos fundamentais. Trata-se da importação de um conceito alemão que pretende assinalar que, além da eficácia jurídica da norma, em se tratando de direitos fundamentais, se deve pensar na eficácia social da norma, o que seria denominado de efetividade. Oliveira Junior ilustra com o exemplo de que não basta o juiz conceder o direito, é necessário que sua sentença seja socialmente cumprida e executada, e é essa a força do poder que se atribui o título de efetividade. (2000, p. 137).

Assim, por terem surgido como prerrogativas dos grupos mais desfavoráveis, os direitos sociais necessitam da intervenção ativa e continuada dos poderes públicos, para que possam ser materialmente eficientes, pois os direitos não podem simplesmente ser atribuídos aos cidadãos, sem o poder efetivo de colocá-los em prática, ou seja, exigem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a setores específicos da sociedade. (AWAD, 2005, p. 83).

A contrapartida que inseriu o direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 foi efetivada com a Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.⁵³ Desse modo, “cabe ao Estado Brasileiro, ao Poder Público em geral, a adoção de políticas públicas habitacionais capazes de assegurar a efetividade do

⁵³ Texto da Emenda Constitucional n. 26: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo 1º: O artigo 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’. (NR). Artigo 2º: Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 14 de fevereiro de 2000”.

direito à moradia, assim como políticas públicas capazes de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais”. (ROSA; GORCZEWSKI, 2008, p. 8).

Porém, no tocante à implementação dos direitos sociais, entre eles o direito à moradia, há de se analisar o binômio necessidade/possibilidade, ou seja, a “razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a disponibilidade financeira do Estado para efetivar tais pretensões”. (MARCONATTO, 2008, p. 173). Entretanto, o Estado não pode se eximir da adequação e de uma possível concretização desses direitos, sendo que é parte integrante da sua atividade prestacional.⁵⁴

Por se tratarem de direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais são concebidos como prestações positivas do Estado, logo, vem a colocação de que não há como realizá-los na vida real, senão quando o Estado, por si, executa o programa que possibilita sua satisfação concreta. Aqui entra a questão que envolve as garantias políticas da eficácia destes direitos, pois o efetivo cumprimento dos direitos sociais será possível através do seguinte trinômio,

primeiro, a construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social. Segundo, o apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização. Terceiro, a participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações, tal como a vontade política que conduziu os Constituintes a inscrever esses direitos de forma ampla e abrangente. (SILVA, J., 2002, p. 5).

É a partir da evolução dos direitos sociais, que, atualmente, requer a participação do Estado e dos cidadãos para a sua realização, que se demonstrará o que são políticas públicas, para após demonstrar a maneira do Estado induzir a participação da sociedade civil e da iniciativa privada na implementação destas políticas e na efetiva realização dos direitos fundamentais e da cidadania, frente as diversidades do mundo contemporâneo. (LANGARO; RECKZIEGEL, 2011, p. 589-590).

⁵⁴ “Essa afirmação constitucional dos direitos sociais se reveste de transcendental importância, pois é por aí que eles adquirem sua primeira condição de eficácia jurídica, mas não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto! A experiência constitucional brasileira tem demonstrado que sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade”. (SILVA, J., 2002, p. 4).

A exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a intenção do poder constituinte no sentido de instituir uma integral e completa vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais. (MENDES, 2007, p. 114). Em outros termos, a responsabilidade em satisfazer diretamente os direitos sociais cabe aos poderes públicos,⁵⁵ nas suas devidas esferas, cabendo ao Poder Executivo prestar o direito social à moradia, especialmente na execução de políticas públicas que favoreçam a prestação desse serviço. Ao Legislativo, enquanto criador de leis que atendam aos interesses da coletividade. Já ao Judiciário, cabe atuar na sistemática com a finalidade de conferir concretude ao direito público subjetivo, reforçando e obrigando uma atuação por parte do poder executivo estatal.⁵⁶ (LAUERMANN, 2008, p. 108).

Desse modo, o Poder Judiciário deve agir através da sua função de aplicador do direito e solucionar os conflitos entre o Estado e a sociedade. O que se pretende com isso é “atribuir a melhor interpretação constitucional capaz de efetivar os direitos fundamentais”. (LAUERMANN, 2008, p. 105). Portanto, “para a concretização dos direitos sociais, por vezes se faz necessário uma ação conjunta das três esferas estatais, sempre observando a diretriz da separação de cada um dos poderes”. (LAUERMANN, 2008, p. 108).

Vê-se que a correta interpretação dos direitos fundamentais não pode ser justificada pela falta de perspectiva doutrinária ou de direito positivo, visto que o sistema atual destes direitos, qual seja, legislação, doutrina e jurisprudência, fornece os elementos necessários para que o Judiciário mobilize as devidas técnicas interpretativas para garantir o núcleo essencial destes direitos constitucionais. (MEZZAROBA; STRAPAZZON, 2011, p. 45).

Na área dos direitos fundamentais sociais, “a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução da ética profissional da magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo”. (KRELL,

⁵⁵ Mendes também sustenta a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer cidadão, mas também a garantir os direitos fundamentais, através do Poder Público, contra agressões propiciadas por terceiros. A forma como esse poder será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação. (2007, p. 119).

⁵⁶ “Esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes. E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira”. (CLÈVE, 2003, p. 2-3).

2000, p. 59). Verifica-se que os direitos fundamentais “são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”. Logo, “não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes”. (PINHO, 2002, p. 65).

No que tange à eficácia do direito à moradia⁵⁷, pode-se afirmar que é um direito que possui duas faces: uma negativa e outra positiva. A primeira significa que o cidadão não pode, de modo algum, ser privado de uma moradia, nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, por ser a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito do cidadão obter uma moradia digna e adequada, “revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado”. (SILVA, 2004, p. 314). E é justamente nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. Nessa linha, Peres refere que,

embora o § 1º do art. 5º da CF disponha que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, muito se discute acerca da aptidão das normas definidoras de direitos sociais (dentre eles o direito à moradia) para produzir todos os efeitos que de tais normas se esperam, isto é, a possibilidade prática de sua aplicação imediata. (2010, p. 73).

Entretanto, diversa é a realidade social no Brasil, em que milhões de pessoas não possuem casa ou vivem em casas alugadas, muitas vezes em condições subumanas.

Desse modo, a atuação dos poderes públicos é determinante no que se refere à garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais,⁵⁸ em especial ao direito à moradia, ressaltando que, do ponto de vista jurídico, muito deve ser feito sobre o assunto, tornando claro que “a democracia não é apenas a regra da maioria; é, também, a garantia dos direitos fundamentais”. (AWAD, 2005, p. 91).

⁵⁷ Segundo dados do Censo 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quase 32 milhões de brasileiros vivem em casas alugadas.

⁵⁸ “Por certo, a história e o cumprimento dos direitos humanos se interligam à política e ao regime de cada Estado e ao seu grau de responsabilidade e participação sobre a constituição da cidadania de seus povos. Complementando o raciocínio, estamos convictos de que, na educação infantil, juvenil e superior de cada cidadão, o estudo dos direitos humanos deve ser inserido no programa curricular, por obrigatoriedade do Estado, responsável por pelo asseguramento dos direitos humanos, que são, a nível jurídico, classificados como normas cogentes ou programáticas que obrigam os Estados nos planos interno e externo”. (MANIGLIA, 1999, p. 242).

Hoje, na sociedade em que se vive, não há como exercer a condição de cidadão sem a devida efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas de inclusão, que devem estar comprometidas com a coletividade. (STURZA; NUNES, 2011, p. 335). E, essas políticas de inclusão não devem ser apenas estratégias políticas, mas sim efetivos instrumentos de diminuição da desigualdade.

Desse modo, pode-se afirmar que, apesar das corajosas teses dos juristas e dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer em busca da plena efetivação dos direitos fundamentais sociais ainda é longo, em especial o direito à moradia. A realidade social brasileira revela que esse direito não se encontra plenamente efetivado e milhões de brasileiros se encontram à margem de possuir um abrigo, um lugar em que possam morar com dignidade e respeito. Assim, muitos deles dependem da utilização de imóveis alheios, por meio do contrato de locação.

2 O CONTRATO DE LOCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando a pessoa utiliza sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dela constitui-se num negócio jurídico e o consenso dessa vontade gera a figura do contrato. Desse modo, verifica-se que o contrato representa um acordo de vontades entre duas ou mais partes, com intuito de criar, modificar ou extinguir direitos, limitado pela função social do pacto, qual seja, sua utilidade, bem como tendo em vista a tutela da confiança das partes.

Dentre as espécies de contratos, a locação tem estreita relação com o direito à moradia, pois muitas pessoas que não são proprietárias de imóveis se utilizam desse negócio jurídico para obter um local e fixar sua residência. Por isso, a locação, embora encerre uma relação privada, recebe forte intervenção do Estado.

Assim, pelo contrato de locação, existe transferência temporária e mediante remuneração do uso e gozo de um determinado bem infungível a um terceiro, com objetivo residencial ou comercial. No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se regulada no Código Civil⁵⁹ e em leis especiais,⁶⁰ que disciplinam tipos específicos de locação.

2.1 Locação: disposições gerais

A locação de coisas situa-se logo em seguida ao da compra e venda quanto à utilização e importância no mundo dos negócios, visto que sempre desfrutou de enorme prestígio no direito privado,⁶¹ bem como recebeu regulamentação específica por parte do Estado por meio de leis esparsas, em face da relevância social que possui.

⁵⁹ A locação de coisas encontra-se disciplinada nos artigos 565 a 578 do Código Civil.

⁶⁰ Lei n. 8.245/91, que disciplina a locação de imóveis urbanos e a Lei n. 4.504/64, que dispõe sobre o Estatuto da Terra.

⁶¹ Quanto à relação entre a compra e venda e a locação, “só se diferencia a locação da compra e venda, em relação à função da coisa e do preço; na compra e venda, há a transferência da coisa, de um patrimônio a outro, ao passo que, na locação, a transferência se projeta apenas quanto ao seu uso e gozo; na compra e venda, o preço representa a contraprestação do valor transmitido, ao passo que, na locação, o preço corresponde à retribuição devida pela função da utilidade da coisa a serviço do locatário.” (LOPES, 1999, p. 19).

Nesta linha, observa-se que os romanos disciplinaram três espécies de contrato de locação: a *locatio conductio rerum*, que dizia respeito a locação de coisas, a *locatio conductio operarum*, referente a locação de serviços e a *locatio conductio operis*, que representa a empreitada. (GONÇALVES, 2008, p. 283).

Essa divisão, contudo, foi repelida pela doutrina e pelos códigos contemporâneos, que disciplinam de forma autônoma os contratos de prestação de serviços,⁶² de trabalho⁶³ e de empreitada.⁶⁴ Na contemporaneidade não vigora mais esta divisão tripartida, reservando-se o termo locação apenas para a locação de coisas. (LÔBO, 2011, p. 331).

Dessa forma, reserva-se a palavra *locação* para definir aquele contrato “em que uma das partes se obriga a ceder à outra o uso e gozo de coisa infungível, mediante remuneração”. (WALD, 2006, p. 396). A parte que cede o uso e o gozo chama-se locador, senhorio ou arrendante e aquele que recebe a coisa chama-se locatário, inquilino ou arrendatário.⁶⁵

A locação possui três requisitos essenciais, comuns a todos os contratos: o consentimento das partes,⁶⁶ a capacidade dos contratantes⁶⁷ e o objeto lícito, possível e determinado ou determinável.⁶⁸ (LOPES, 1999, p. 19). Entretanto, como todo contrato, é necessário que cumpra com sua função social,⁶⁹ garantindo que o ato de vontade receba a

⁶² O contrato de prestação de serviços pode ser conceituado como aquele “em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração”. (PEREIRA, 2012, p. 348).

⁶³ O contrato de trabalho pode ser definido como “a convenção pela qual uma pessoa põe à disposição de outra sua atividade profissional, de modo a trabalhar sob a direção desta e em seu proveito, mediante remuneração, que se chama salário”. (GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 120).

⁶⁴ Empreitada é o contrato em que “uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado”. (PEREIRA, 2012, p. 279).

⁶⁵ O termo “*arrendamento* é sinônimo de locação, sendo utilizado entre nós preferentemente para as locações imobiliárias rurais. Nada impede que, para ser, evitada repetição, locação e arrendamento, locar e arrendar sejam utilizados indistintamente. No entanto, arrendamento prende-se mais à ideia de imóvel rural porque abrange a percepção de frutos, além do uso. Na locação, realça-se a relação de uso. *Aluguel* é vocábulo destinado a representar o valor da retribuição pela locação. Emprega-se tanto para designar o contrato como estritamente o preço. Quanto às partes, o *locador* ou *senhorio* é aquele que se compromete a ceder a coisa. De outro lado, coloca-se o *locatário* ou *inquilino*, reservando-se este último termo unicamente para as locações prediais. Utilizamos também os termos *arrendador* e *arrendatário*, derivados do arrendamento, mais apropriados ao arrendamento rural”. (VENOSA, 2012, p. 127-128). Assim, “fala-se em locação para indicar apenas o uso, como por exemplo, a locação de um apartamento. De outro lado, fala-se em arrendamento para indicar o uso e a exploração, como no caso do arrendamento de uma fazenda”. (WALD, 2006, p. 396).

⁶⁶ “Num contrato, as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. O contrato repousa na ideia de um pressuposto de fato querido pelos contraentes e reconhecido pela norma jurídica como base de efeito jurídico perseguido”. (DINIZ, 2005, p. 23-24).

⁶⁷ A capacidade genérica das partes contratantes consiste na capacidade para praticar os atos da vida civil, as quais não devem enquadrar-se nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que tratam das pessoas absolutamente e relativamente incapazes, sob pena do contrato ser nulo ou anulável, respectivamente. (DINIZ, 2005, p. 27).

⁶⁸ O objeto de qualquer contrato celebrado “deve ser idôneo, assim considerado aquele lícito (ou seja, não proibido pelo Direito e pela Moral), possível (jurídica e fisicamente) e determinado ou determinável (com os elementos mínimos de individualização que lhe permitam caracterizá-lo)”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 21).

⁶⁹ “Toda a atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua *função social*”. Assim, “temos que essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores

tutela jurídica, desde que seja socialmente útil e sirva à promoção de valores constitucionais fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, do que, o exercício da liberdade contratual não deixa de ser uma expressão. (GODOY, 2004, p. 191).

Com relação às características, primeiramente, diz-se que o contrato de locação é bilateral porque acarreta “obrigações interdependentes de ambas as partes” (WALD, 2006, p. 396), sendo, portanto um contrato sinalagmático.⁷⁰ Dessa forma, aplica-se à locação o princípio da exceção de contrato não cumprido,⁷¹ previsto nos artigos 476⁷² e 477,⁷³ do Código Civil. (VENOSA, 2012, p. 127).

É oneroso⁷⁴ porque apresenta vantagens e desvantagens para ambas as partes. “A onerosidade está intrínseca no contrato, tanto que ao uso e gozo da coisa corresponde, necessariamente uma retribuição”. (RIZZARDO, 2006, p. 484). Se fosse gratuito, constituiria comodato.⁷⁵ A contraprestação paga chama-se aluguel ou arrendamento. O aluguel é a contraprestação devida pelo locatário, em cada período de uso da coisa locada, sendo que as partes são livres para estipulá-lo. “No caso de imóveis, muitas são as variáveis levadas em conta, como a localização, o padrão de construção, proximidade com os serviços públicos, vias de acesso etc”. (LÔBO, 2011, p. 337).

Esse preço pode ser fixado de diversas formas:⁷⁶ pelas partes, judicialmente, por ato do governo e até mesmo por concorrência pública quando se tratar de imóveis públicos. Pode

superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 54).

⁷⁰ O contrato de locação pode ser compreendido como “um contrato bilateral ou sinalagmático, porque nele existem obrigações recíprocas recaindo sobre o locador e sobre o locatário”. (LOPES, 1999, p. 19).

⁷¹ A exceção de contrato não cumprido consiste “em um meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode argüir que deixou de cumpri-lo pelo fato da outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 255).

⁷² Artigo 476 do Código Civil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

⁷³ Artigo 477 do Código Civil: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

⁷⁴ O contrato de locação é oneroso, “uma vez que a obrigação de uma das partes tem como equivalente a prestação que a outra lhe faz. Assim, ambas as partes obtêm proveito, sendo patente o propósito especulativo. Com efeito, a onerosidade é da essência do contrato de locação. Se o uso e gozo da coisa for concedido gratuitamente, o contrato se desfigura, transformando-o em comodato. Por essa razão, deve ser sempre convencionada uma contraprestação”. (GONÇALVES, 2008, p. 285).

⁷⁵ O contrato de comodato, por sua vez, é ato unilateral, a título gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem coisa (imóvel ou móvel) infungível, para ser usada temporariamente e depois restituída. (DINIZ, 2005, p. 325).

⁷⁶ Com relação à fixação do preço no contrato de locação, o mesmo “será fixado pelas partes ou mediante arbitramento administrativo ou judicial, ou ainda imposto por ato governamental, como no caso dos táxis e dos prédios urbanos. Pode ainda depender de concorrência pública, nas locações de bens da União”. O que não pode ocorrer é a estipulação do preço ao arbítrio exclusivo de um dos contratantes. (GONÇALVES, 2008, p. 287-288).

fazer-se em dinheiro ou outra utilidade. O valor deve ser sério, real, determinado e pode variar com índices, todavia é vedada a estipulação em moeda estrangeira. “O pagamento de aluguel é essencial à locação” e seu “inadimplemento caracteriza infração legal” e autoriza “a rescisão e a retomada da coisa”. (VENOSA, 2004, p. 143).

A locação é genuinamente um contrato consensual,⁷⁷ também chamado de obrigacional, bastando que haja apenas o acordo de vontade das partes. Tal consentimento pode ser expresso ou mesmo tácito. Diferentemente dos contratos reais,⁷⁸ que exigem a entrega da coisa para a sua perfeição, o contrato de locação de coisa precisa apenas do acordo de vontades para existir e ser eficaz. Se o locador não entregar o bem ou “retardar sua entrega incorre em inadimplemento da obrigação, respondendo, inclusive, por perdas e danos causados ao locatário”. (LÔBO, 2011, p. 332).

Outra característica importante é a não formalidade do contrato de locação, ou seja, ele não possui forma rígida,⁷⁹ inclusive para bens imóveis. (DINIZ, 2006, p. 9). Assim, as partes são livres para determinar a forma do contrato, porém o contrato escrito é uma proteção ao locatário, e também uma garantia ao locador, pois não pode haver fiança no contrato verbal, visto que ela deve se dar de forma escrita.⁸⁰

Destaca-se, ainda, que a locação é de trato sucessivo,⁸¹ porque a prestação se renova periodicamente. A periodicidade, para fins de pagamento de aluguel, varia de acordo com os tipos de locação e com os interesses das partes. Para as locações de móveis, por exemplo, pode coincidir com o total do tempo da locação, quando for de curta duração, como no aluguel de veículos por poucos dias. No Brasil, na locação de imóveis, sejam eles residenciais ou não residenciais, costuma-se fixar o período mensal para fixação do aluguel periódico e na

⁷⁷ “O consentimento é o elemento anímico da locação, gerador do vínculo jurídico. Como em qualquer contrato, subordina-se à capacidade das partes, e pode ser viciada dos mesmos defeitos que atingem todo negócio jurídico. Não há mister, porém, capacidade de disposição, porque a locação transfere tão somente o uso da coisa, e, assim, mesmo aqueles que não têm aptidão para alienar podem alugar, como ato de mera administração”. (PEREIRA, 2012, p. 237).

⁷⁸ Contratos reais são “os que exigem, para se aperfeiçoar, além do consentimento, a entrega (*traditio*) da coisa que lhe serve de objeto, como os de depósito, comodato, o mútuo, por exemplo, e alguns poucos (penhor, anticrese, arras). Esses contratos não se formam sem a tradição da coisa. Antes pode existir promessa de contratar, mas não existe depósito, comodato ou mútuo. A efetiva entrega do objeto não é fase executória, porém requisito da própria constituição do ato”. (GONÇALVES, 2012, p. 111).

⁷⁹ O contrato de locação “é não solene porque a lei não exige forma especial, embora na Lei do Inquilinato o contrato escrito conceda maior proteção ao inquilino, nada impede, porém, que seja verbal”. (VENOSA, 2012, p. 127). Ainda, é “não solene porque a forma é livre, ou seja, não lhe é essencial, somente sendo exigida em casos especiais. Pode, assim, ser celebrado por escrito ou verbalmente. No entanto, para se convencionar uma garantia, como a fiança, por exemplo, o contrato deve obrigatoriamente ser escrito”. (GONÇALVES, 2008, p. 285).

⁸⁰ Assim prevê o artigo 819 do Código Civil: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.

⁸¹ Em relação à execução do contrato de locação: “o que move o locatário é a continuidade da execução: o seu direito está em estar autorizado a usar a coisa”. (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 478).

locação por temporada pode o locador exigir o pagamento integral de modo antecipado. (LÔBO, 2011, p. 332).

Logo, o contrato de locação “envolve uma cessão temporária de uso e gozo. Mas a execução prolonga-se necessariamente no tempo, isto é, se desenvolve em prestações periódicas e repetidas”. (RIZZARDO, 2006, p. 484). Desse modo, a locação não pode ser perpétua,⁸² para que não se transforme em alienação da coisa ao locatário. “A temporariedade é de sua essência” (LÔBO, 2011, p. 332), pois, se assim não fosse, se confundiria com o contrato de compra e venda.

Quanto ao prazo, as partes têm a liberdade de ajustá-lo por tempo certo ou indeterminado. Na locação de coisas disciplinada pelo Código Civil, o locador tem de respeitá-lo, sob pena de ressarcir ao locatário perdas e danos, conforme artigo 571, parágrafo único,⁸³ do Código Civil, cabendo-lhe direito de retenção até que efetivamente receba a indenização; nas locações regidas pela legislação especial, não pode interromper o contrato senão nos casos previstos, de rescisão ou de retomada, conforme dispõe o artigo 4º,⁸⁴ da Lei n. 8.245/91. O locatário, por sua vez, tanto na locação de coisas, quanto na de imóveis urbanos, é obrigado a cumprir o tempo ajustado, mas pode devolver a coisa locada pagando ao locador, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Se, no contrato não houver a previsão de multa, no caso concreto o juiz arbitrará o valor das perdas e danos. Entretanto, se o contrato for por prazo indeterminado, qualquer das partes pode fazê-la cessar a qualquer tempo, de acordo com o artigo 6º,⁸⁵ da Lei n. 8.245/91. (PEREIRA, 2012, p. 238).

O contrato de locação pode ser celebrado tanto em função da pessoa, quanto em vista do imóvel ou da finalidade a que o mesmo se destina, “domina, no entanto, a impessoalidade,

⁸² “Pela própria definição, a locação é um contrato *temporário*, o que é incompatível com a estipulação de sua perpetuidade. Em nosso direito não há limite máximo para sua duração”. Contudo, “a Lei nº 8.245, de 18.10.1991, exige, entretanto, vênua conjugal se for estipulada por mais de dez anos”. (PEREIRA, 2012, p. 238).

⁸³ Artigo 571 do Código Civil: “Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único: O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido”.

⁸⁴ Artigo 4º da Lei n. 8.245/91: “Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. Parágrafo único: O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência”.

⁸⁵ Artigo 6º da Lei n. 8.245/91: “O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias. Parágrafo único: Na ausência do aviso, o locador poderá exigir quantia correspondente a um mês de aluguel e encargos, vigentes quando da rescisão”.

não se extinguindo com a morte de qualquer dos contratantes”.⁸⁶ (RIZZARDO, 2006, p. 484). Dessa forma, a locação não chega a ser um contrato personalíssimo, pois não se constitui *intuitu personae*; ao contrário, a sua transmissibilidade a terceiros, por ato entre vivos ou causa mortis, é regulada e prevista em lei. (PEREIRA, 2012, p. 230).

A locação não integra, necessariamente, uma relação de consumo, salvo no caso do locador exercer os atos de locação como parte de sua atividade econômica ou de fornecimento desses atos em caráter permanente, como no caso de locação de automóveis. Quanto à locação de imóveis, esta pode estar envolvida em relação de consumo, quando for objeto de intermediação de empresa administradora de imóveis. (LÔBO, 2011, p. 333).

A respeito da natureza do contrato de locação, os doutrinadores afirmam que este é de natureza pessoal. Assim assevera Wald, que “a locação não atribui ao locatário direito real sobre a coisa alheia, embora lhe garanta a posse desta e, conseqüentemente, a proteção possessória”. (2006, p. 397). No mesmo raciocínio, sustenta Lôbo que “nenhuma locação pode se converter em direito real, nem ter efeitos de direito real”. (2011, p. 332-333). Ainda, Pereira aduz que a locação é um contrato pessoal, pois “gera um direito de crédito. Mesmo quando, por força de convenção ou de lei, ocorre o dever de respeitá-la o terceiro adquirente, não chega a constituir um ônus real”.⁸⁷ (2012, p. 230).

Quanto ao objeto da locação,⁸⁸ este deve ser infungível, inconsumível, podendo ser móvel ou imóvel, por inteiro ou em frações. Com isso, não podem ser locadas as coisas fungíveis, pois neste caso se configuraria o mútuo oneroso,⁸⁹ bem como não podem ser alugados os bens públicos de uso comum. (WALD, 2006, p. 397). Em regra, segundo o artigo 566, inciso I,⁹⁰ do Código Civil, a locação abrange os acessórios do bem.

⁸⁶ O contrato de locação se transmite aos herdeiros quando este for por prazo determinado, visto que “o art. 577 acolheu a sucessão *causa mortis* dos herdeiros e legatários do locador e do locatário na locação por tempo determinado. Na locação por tempo indeterminado, possibilita-se o rompimento da relação. As leis do inquilinato sempre admitiram a locação feita no intuito da família no âmbito residencial, alargando o conceito hereditário”. (VENOSA, 2012, p. 131).

⁸⁷ Dessa forma, “estas ponderações levam-nos a cogitar do contrato de locação tendo em vista os princípios atualmente em vigor, que compõem este instituto na sua atualidade social, não deixando de salientar que, não obstante as restrições à liberdade das partes, a locação conserva a sua categoria geradora de direitos de crédito e não de direitos reais”. (PEREIRA, 2012, p. 233).

⁸⁸ “Admite-se que certos bens incorpóreos também possam ser locados, como o fundo de comércio e a patente de invenção”. (WALD, 2006, p. 397).

⁸⁹ O contrato de mútuo pode ser compreendido como aquele em que “um dos contraentes transfere a propriedade de bem fungível ao outro, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. (DINIZ, 2005, p. 333-334).

⁹⁰ Artigo 566, inciso I, Código Civil: “O locador é obrigado: I – a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário”.

Sendo um contrato bilateral, há obrigações que emergem para ambas as partes, e esse elenco de encargos recíprocos é estabelecido no Código Civil e na Lei do Inquilinato. O locador tem como seu principal direito, exigir o pagamento do aluguel nos prazos convencionados, despedir o locatário e retomar a coisa sempre que o locatário modificar a finalidade da locação ou danificar a coisa, além de exigir o pagamento de perdas e danos. O locador tem, ainda, o direito a reaver o bem locado, a autorizar, por escrito, a cessão de locação ou a sublocação e a pedir a revisão judicial do aluguel. (LÔBO, 2011, p. 339).

De outro lado, são deveres do locador: entregar a coisa ao locatário imediatamente após a celebração do contrato ou no prazo que este fixar;⁹¹ manter as condições de uso da coisa, assumindo as despesas de reparação ou reconstrução das benfeitorias necessárias e úteis ou a reposição de peças, salvo se constar o contrário no contrato; assegurar ao locatário o uso pacífico da coisa, não criando embaraços ou exigências desnecessárias, defendendo a coisa contra turbação de terceiros e garantindo o locatário contra os vícios; fornecer ao locatário descrição minuciosa do estado do bem, quando de sua entrega; fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias pagas, sendo vedada a quitação genérica; exhibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas. (LÔBO, 2011, p. 339).

Da mesma forma que o locador, o locatário também possui obrigações, ou seja, utilizar o bem ao fim a que se destina, sendo que se descumprir ou desviar a finalidade⁹² da coisa locada, o locador poderá rescindir o contrato e exigir perdas e danos; zelar pelo bem como se fosse seu; pagar o aluguel, conforme o preço e demais condições ajustadas entre as partes; levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, fundadas em direito; restituir⁹³ o

⁹¹ “A não-entrega caracteriza inadimplência do locador e autoriza o locatário a pedir a resolução do contrato, bem como eventuais perdas e danos. Impossibilitando-se a entrega por culpa do locador, responderá ele por perdas e danos. A entrega deve ser realizada na data ajustada ou, na falta de ajuste, em tempo útil, conforme as circunstâncias que envolvem a espécie”. (GONÇALVES, 2008, p. 290).

⁹² “O desvio de finalidade deve ser aferido em cada caso. A infração mais comumente praticada por locatários é a transformação de prédio residencial em casa de comércio, ou em depósito de materiais, em escola, em sede de partido ou centro espírita. Todavia, não se tem considerado mudança de destinação manter um médico, ou advogado, em sua residência, consultório ou escritório, ou a instalação de consultório dentário em cômodos da residência”. (GONÇALVES, 2008, p. 293).

⁹³ Em relação à restituição da coisa locada, por parte do locatário, “se o locatário receber a coisa em mau estado, não tem obrigação (salvo ajuste) de restituí-la reparada. O estado do bem locado presume-se bom, salvo se, ao recebê-lo, o locatário exigir do senhorio relação dos defeitos e imperfeições”. (PEREIRA, 2012, p. 249-250).

bem ao final da locação no estado⁹⁴ em que o recebeu, com exceções das deteriorações naturais. (VENOSA, 2004, p. 142-143).

O locatário, sendo possuidor de boa-fé, tem “o direito de retenção da coisa locada, se não lhe forem reembolsadas as benfeitorias necessárias⁹⁵ ou úteis,⁹⁶ estas últimas autorizadas pelo locador”.⁹⁷ (WALD, 2006, p. 400).

Ainda, verifica-se que no contrato de locação o uso da coisa pode ser transferido a terceiro mediante os institutos da cessão e da sublocação, que são modos translativos *inter vivos* do contrato de locação.

A cessão depende inteiramente da anuência do locador, porque é uma modalidade de repassar a posição contratual.⁹⁸ O cessionário tem direitos e pretensões contra o locador para que cumpra os seus deveres, oriundos do contrato de locação. A Lei n. 8.245/91, ao tratar da locação de imóveis urbanos, condiciona a cessão, a sublocação e até mesmo o empréstimo do imóvel locado, total ou parcialmente, ao consentimento prévio e escrito do locador. Se a qualquer dessas modalidades de transferência de uso faltar o consentimento, poderá o locador promover a resolução do contrato e a retomada do imóvel, por se caracterizar violação a dever legal do locatário. (LÔBO, 2011, p. 343).

Já a sublocação, é um subcontrato ou contrato derivado, em que o inquilino passa a ser o sublocador, que repassa a locação total ou parcial ao sublocatário. (WALD, 2006, p. 415). A sublocação autorizada tem como efeito a incidência das disposições legais e contratuais decorrentes do contrato originário de locação. Como se trata de um contrato dependente, quando findar a locação também cessará a sublocação, mas o sublocatário poderá exigir do sublocador indenização pelas perdas e danos que sofrer com a resolução antecipada. Se a

⁹⁴ Se a coisa vier a perecer sem culpa do locador, este não é obrigado a entregar outra, em reposição. É permitida a cláusula de responsabilização pelo caso fortuito ou força maior, bem como a de dar outra coisa equivalente, como, por exemplo, o prédio de valor locatício aproximado. (LÔBO, 2011, p. 340).

⁹⁵ O parágrafo 3º, do artigo 96 do Código Civil traz o conceito de benfeitorias necessárias como sendo “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”.

⁹⁶ O parágrafo 2º, do artigo 96 do Código Civil dispõe que são benfeitorias úteis “as que aumentam ou facilitam o uso do bem”.

⁹⁷ No tocante às benfeitorias, “a lei do inquilinato traçou regras específicas sobre as benfeitorias introduzidas pelo locatário no imóvel. O contrato pode dispor diferentemente, mas a regra geral determina que as benfeitorias necessárias feitas pelo inquilino, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis, permitindo direito de retenção (art. 35). As voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel (art. 36)”. (VENOSA, 2012, p. 168).

⁹⁸ Não é eficaz o consentimento tácito, uma vez que não se presume tal consentimento apenas pela demora do locador em manifestar formalmente sua oposição. (VENOSA, 2012, p. 156).

sublocação foi feita sem consentimento do locador,⁹⁹ a responsabilidade do locatário abrange quaisquer danos, exceto se provar que o dano teria acontecido ainda que não houvesse sublocado a coisa. (LÔBO, 2011, p. 344).

O artigo 21¹⁰⁰ da Lei n. 8.245/91 estipula que o valor do aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação e o descumprimento desse limite autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até o valor permitido. Este dispositivo tem cunho moral, com a intenção de evitar que o locatário obtenha vantagem com a locação. Nas habitações coletivas, contudo, o mesmo artigo permite até o dobro do valor do aluguel, atendendo à natureza dessas contratações. (VENOSA, 2012, p. 157).

A Lei do Inquilinato traz que para reaver o imóvel, em caso de locação, “só cabe a ação de despejo, que é a ação reipersecutória. Significa que não cabe a reintegração na posse ou outra ação semelhante (art. 5º)”.¹⁰¹ (WALD, 2006, p. 409). Nesta senda, cumpre ressaltar as recentes modificações na Lei n. 8.245/91, trazidas pela Lei n. 12.112, de 09 de dezembro de 2009, revelando a clara intenção do legislador em dar maior celeridade às medidas judiciais nas ações de despejo, especialmente quando for patente qualquer intuito procrastinatório do locatário em permanecer no imóvel sem uma justificativa que esteja expressamente baseada em lei. (PEREIRA, 2012, p. 272).

Assim, para a ação de despejo do imóvel para uso próprio, cabe o procedimento dos Juizados Especiais, que terá, primeiramente, uma fase de conciliação, resumida em uma única audiência, dirigida por um juiz leigo ou togado. Não lograda a solução amigável, é designada audiência de instrução, momento no qual o réu deve apresentar sua defesa, seguindo o feito para a produção de provas e para a sentença, podendo ser prolatada pelo juiz leigo, cabendo ao juiz togado homologá-la. (RIZZARDO, 2006, p. 541). Porém, sendo o pedido embasado

⁹⁹ “Em qualquer hipótese, a sublocação não consentida expressamente dá margem à rescisão do contrato de locação. O sublocador assume o risco de responder por indenização perante o sublocatário, se o risco não era de conhecimento deste”. (VENOSA, 2012, p. 157).

¹⁰⁰ Artigo 21 da Lei n. 8.245/91: “O aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação, nas habitações coletivas multifamiliares, a soma dos aluguéis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação. Parágrafo único: O descumprimento deste artigo autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até os limites nele estabelecidos”.

¹⁰¹ Artigo 5º da Lei n. 8.245/91: “Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo. Parágrafo único: O disposto neste artigo não se aplica se a locação termina em decorrência de desapropriação, com a imissão do expropriante na posse do imóvel”.

em outro fundamento, deve-se seguir o rito ordinário,¹⁰² delineado pela Lei n. 8.245/91 e subsequentes alterações trazidas pela referida Lei n. 12.112/2009.

O contrato de locação extingue-se das seguintes formas: quando concluir seu prazo; pelo mútuo acordo, o chamado distrato,¹⁰³ se alguma das partes cometer infração contratual ou infração a dever legal; por falta de pagamento do aluguel; pela morte do contratante, se o contrato era por tempo indeterminado, sendo que se for por tempo determinado, a obrigação acaba se transferindo aos herdeiros do locador e do locatário; se houver o perecimento da coisa, mas neste caso, se a deterioração for natural, não dá ensejo à extinção ou ao abatimento do valor do aluguel; por alienação da coisa sem cláusula de vigência; pela impossibilidade superveniente de uso da coisa; pela desapropriação por ato do Poder Público; pela evicção; pelo abandono da coisa por parte do locatário, dependente de imissão na posse por decisão judicial favorável ao locador. (LÔBO, 2011, p. 344-347).

Portanto, analisando as características presentes no contrato da locação, verificam-se as inúmeras peculiaridades que cada espécie possui. Ainda, constata-se que este é um instituto do direito civil presente no cotidiano de milhões de brasileiros, o que exige redobrada atenção por parte do legislador e do jurista, tendo em vista que as implicações sociais à moradia são sofridas justamente por quem não possui uma casa própria, e precisa apelar à locação para residir.

2.2 As espécies de locação e sua regulamentação

No ordenamento jurídico brasileiro em vigor, verifica-se a existência das seguintes espécies de locação: a regulamentada no Código Civil Brasileiro que trata, preferencialmente,

¹⁰² Assim prevê o caput do artigo 59 da Lei n. 8.245/91: “Com as modificações constantes deste Capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário”.

¹⁰³ “Se as partes podem livremente convencionar ou contratar, de igual modo poderão distratar, de forma que, se verbal for o pacto firmado entre as partes, o distrato poderá ser ajustado verbalmente. Aliás, no nosso entender, partindo-se do princípio de que as partes contratantes tenham interesse na extinção do vínculo que as uniu, qualquer manifestação no sentido de extinguir a relação de locação, seja ela tácita ou explícita, formal (através do distrato já mencionado), ou mesmo informal (p. ex. se o locatário entrega as chaves ao locador, que as aceita sem nenhuma ressalva), terá o efeito colimado neste inciso”. (MONTEIRO, 2001, p. 74). Lopes assevera que se o contrato de locação vier a se extinguir pelo distrato, “pouco importa que esse distrato possa acarretar o término da sublocação, dada a independência inerente do contrato de sublocação e a absoluta ausência de vinculação entre o locador e o sublocatário. Apenas caberá ao sublocatário uma ação de indenização contra o locatário”. (1999, p. 78).

da locação de coisas móveis e em alguns casos de coisas imóveis urbanas; a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais que é regulada pela Lei n. 8.245/1991, alterada pela Lei n. 12.112/2009; e a locação de imóveis rurais que é regida pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964).

2.2.1 Locação de coisas prevista no Código Civil

O Código Civil em seus artigos 565 a 578 trata, em sua maioria, da locação de coisas móveis, uma vez que a locação de imóveis passou a ser objeto de leis específicas,¹⁰⁴ em face da importância social do tema.

As coisas móveis, objeto de locação, devem ser infungíveis¹⁰⁵ e não consumíveis,¹⁰⁶ pois precisam retornar ao locador, depois de findo o contrato. Portanto, não podem ser objeto de locação as coisas que se consomem com o uso, como os alimentos que serão utilizados no restaurante. Excluem-se também da locação a água, a luz e o gás, uma vez que o uso deles se consome, sendo enquadrados como uma espécie de contrato de compra e venda. Entretanto, “há coisas fungíveis e consumíveis que podem ser locadas, como as flores alugadas para uma festa ou as garrafas de bebidas para uma exposição; nessas hipóteses, por convenção, o que é por natureza fungível, converte-se, temporariamente, em infungível”. (LÔBO, 2011, p. 334).

Assim, o modelo de contrato regulado pelo Código Civil incide diretamente na locação de coisas móveis, no arrendamento mercantil,¹⁰⁷ em qualquer de suas modalidades e nas locações das seguintes coisas imóveis urbanas: locação de vagas de garagem nos edifícios residenciais e não residenciais; locação de vagas em estacionamentos de veículos, administrados por pessoa física ou jurídica; locação de espaços destinados à publicidade de terceiros; locação de quartos ou apartamentos em apart-hotéis ou equiparados, quando se

¹⁰⁴ Lei n. 8.245/91 e Lei n. 4.504/64.

¹⁰⁵ Os bens infungíveis são aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. (PEREIRA, 2008, p. 426).

¹⁰⁶ Os bens não consumíveis podem ser definidos como aqueles que não são destruídos na sua substância pelo uso normal, ou seja, cuja utilização não atinge sua integralidade. (PEREIRA, 2008, p. 428).

¹⁰⁷ Cumpre fazer a distinção entre arrendamento mercantil, também chamado de leasing, e arrendamento rural. O primeiro é tratado como uma locação de bem móvel em que o locatário tem opção de compra do bem ao término do contrato. Já o segundo, é aquele em que o imóvel rural é alugado para fins de exploração de atividade produtiva. (COELHO, 2012, p. 228).

tratar de hóspedes permanentes; as caixas ou salas de segurança, os cofres ou armários, nos edifícios de bancos ou equivalentes. As demais locações de coisas imóveis apenas recebem a incidência supletiva do Código Civil, pois, como já referido, são regidas por leis específicas. (LÔBO, 2011, p. 334).

Dentre as coisas móveis, exemplificativamente, podem ser objeto de contrato, “os automóveis, telefones, mobiliário, bicicletas, aeronaves, vagões, barcos, computadores, cofres, teletipos, adornos, frigoríficos, instalações comerciais, filmes cinematográficos, aparelhos de fax, livros, etc”. (RIZZARDO, 2006, p. 484).

Não se incluem no rol de locação do Código Civil as coisas incorpóreas, em especial as obras intelectuais, visto que estas são regidas por legislação especial, pois constituem universo distinto das finalidades da locação de coisas móveis, ou seja, são regidas pela Lei n. 9.610/1998.¹⁰⁸ Nesta mesma linha, a locação dos bens públicos, também é regida por legislação própria (Decreto-Lei n. 9.760/1946),¹⁰⁹ desde que não sejam utilizados em serviço público e haja conveniência em torná-los produtivos, mediante condições especiais e a juízo da Secretaria do Patrimônio da União. (LÔBO, 2011, p. 335).

Em sua maioria, as normas do Código Civil sobre a locação de coisas coincidem com as disposições acerca das locações prediais urbanas. Com isso, ao comparar o regime jurídico do contrato de locação de imóveis urbanos, regulado pela Lei n. 8.245/91 e o da locação regulada pelo Código Civil, destacam-se quatro especificidades que se faz necessário salientar: nas locações reguladas pelo Código Civil, não se tutela o direito de inerência do locatário, com exceção do arrendatário rural; incide o Código de Defesa do Consumidor,¹¹⁰ quando houver relação de consumo; as pertencas devem ser restituídas junto com o bem locado e, em caso de deterioração, o locatário tem o direito de optar pela resolução do contrato ou abatimento proporcional do preço. (COELHO, 2012, p. 230).

Dessa forma, percebe-se que para as locações de coisas reguladas pelo Código Civil, aplicam-se no que não for incompatível, as normas gerais aplicáveis a todos os contratos de locação. As características e peculiaridades da locação devem ser analisadas caso a caso, para chegar a incidência da norma que trará a melhor solução, procurando a absoluta preservação física e moral da parte economicamente menos favorável, qual seja: o locatário e sua família.

¹⁰⁸ Lei dos Direitos Autorais, de 19 de fevereiro de 1998.

¹⁰⁹ Lei dos Bens Imóveis da União, de 05 de setembro de 1946.

¹¹⁰ Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

2.2.2 Locação urbana residencial e não residencial

As locações de imóveis residenciais e não residenciais são reguladas pela Lei do Inquilinato, a Lei n. 8.245/91, que procura compatibilizar, de um lado, a garantia da remuneração pecuniária ao investimento do locador, e de outro, a proteção do contratante mais fraco, via de regra, o locatário, que depende da propriedade de outro para residir ou manter seu negócio.

O contrato de locação predial pode ser estipulado por qualquer prazo, embora não deva ser perpétuo. Se superior a dez anos, depende de vênua conjugal; ausente esta, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente.¹¹¹ A regra visa evitar que um cônjuge onere indevidamente o patrimônio comum, pois uma locação por prazo extremamente longo representa uma restrição ao direito de propriedade. (GONÇALVES, 2012, p. 321).

Além disso, a vênua conjugal constitui uma forte garantia ao locatário, visto que, se o casal de locadores vier a separar-se judicialmente, passando o prédio locado, em razão disso, à propriedade exclusiva de um dos ex-consortes, o novo senhorio, por ter consentido para a efetivação do contrato, não poderá dar por finda a locação. (DINIZ, 2010, p. 51).

Em se tratando de contratos com prazo determinado, não pode o locatário devolver o imóvel, senão pagando a multa prevista no artigo 4º¹¹² da Lei n. 8.245/91. Contudo, nas locações por prazo indeterminado, ou nas que assim passaram a vigorar pela expiração do prazo original da avença, poderá ele denunciar a locação mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta (30) dias, conforme o disposto no artigo 6º¹¹³ da Lei n. 8.245/91. (GONÇALVES, 2008, p. 299).

¹¹¹ “A inobservância da autorização não gera a nulidade do contrato, sendo apenas ineficaz a pactuação em relação ao cônjuge, desobrigado a respeitar o período que exceder o decênio”. (TEPEDINO, 2004, p. 163).

¹¹² Artigo 4º da Lei n. 8.245/91: “Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. Parágrafo único: O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência”. Essa redação foi dada pela Lei n. 12.112/2009 e representa a “reafirmação do critério da proporcionalidade (tempo vs. multa pactuada) ao período de cumprimento”. (NETO; RESTIFE, 2011, p. 7).

¹¹³ Artigo 6º da Lei n. 8.245/91: “O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias. Parágrafo único: Na ausência do aviso, o locador poderá exigir quantia correspondente a um mês de aluguel e encargos, vigentes quando da rescisão”.

Na ausência de acordo entre as partes, pode tanto o locador quanto o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo, pedir a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado. Esta é a chamada ação revisional, prevista no artigo 19¹¹⁴ da Lei n. 8.245/91 (VENOSA, 2004, p. 170-171), que é aplicável às locações residenciais e não residenciais, protegidas ou não pela ação renovatória. Sua finalidade é recolocar o aluguel ao preço de mercado, ou seja, a situação de mercado do imóvel pode variar, para mais ou para menos, independentemente da variação do valor nominal da moeda. (VENOSA, 2012, p. 158).

A locação de imóveis urbanos é desdobrada em locação de imóveis residenciais e não residenciais, estes últimos podendo ser utilizados para o comércio, indústria e serviços. (LÔBO, 2011, p. 334-335).

Num primeiro plano, a locação residencial de imóvel urbano divide-se em duas espécies: a comum e a por temporada. Diz-se que a residência comum é

a locação destinada à residência de pessoas naturais, por qualquer prazo. No entanto, se a locação tiver como locatária uma pessoa jurídica, embora o prédio seja residencial, para servir a diretores, sócios e executivos ou empregados, já não é considerada residencial, mas não residencial (art. 55). Explica-se porque tais locações, mantidas por empresas de alto porte, que se dão ao luxo de poder manter residências para seus diretores ou executivos (que acabam recebendo salários indiretos), não necessitam da proteção que se pretende dar às famílias, na maioria de assalariados. (WALD, 2006, p. 424).

O contrato de locação de imóveis urbanos residenciais não é relativo à pessoa do locatário, dessa forma, é impessoal. Trata-se de um contrato gerador de deveres de proteção à família, uma vez que se o locatário falecer,¹¹⁵ e tratando-se de contrato por tempo determinado, sub-roga-se em sua posição contratual o cônjuge ou um de seus descendentes ou ainda qualquer pessoa que vivia sob sua dependência financeira no mesmo imóvel, bem como, no caso de o locatário se separar de seu cônjuge ou companheiro, por força de divórcio, separação de fato ou dissolução da união estável. (LÔBO, 2011, p. 349). Essa inovação foi

¹¹⁴ Artigo 19 da Lei n. 8.245/91: “Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

¹¹⁵ Artigo 11 da Lei n. 8.245/91: “Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações: I – nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel; II – nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio”.

trazida pela Lei n. 12. 112/2009,¹¹⁶ que em seu artigo 12¹¹⁷ passou a determinar nova causa de prosseguimento da locação residencial, com sub-rogação ao cônjuge ou companheiro residente. (NETO; RESTIFE, 2011, p. 7).

A locação residencial comum pretende manter o locatário mais tempo no imóvel, sem, contudo impedir a denúncia vazia, ou seja, poderá o locador pedir o imóvel pelo simples fato do vencimento do prazo, com o evidente intuito de estimular o reajuste periódico do aluguel. (WALD, 2006, p. 425).

Embora o locador não possa reaver o imóvel locado na vigência do prazo de duração do contrato de locação de prédio urbano, admite-se a retomada ao final deste, nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses. A resolução opera-se com o fim do prazo, independentemente de notificação ou aviso, conforme dispõe o artigo 46,¹¹⁸ da Lei n. 8.245/91. Ocorre então, a resolução do contrato sem motivação, a referida denúncia vazia. Contudo, pelo parágrafo 2º, do referido artigo, se o locatário permanece na posse do imóvel por mais de trinta dias, sem manifestação contrária do locador, prorroga-se a locação por prazo indeterminado. (GONÇALVES, 2012, p. 325).

Já a chamada denúncia motivada trata da resolução com denúncia cheia,¹¹⁹ porque o locador deve dar uma razão ou justificativa para a retomada do imóvel ou o despejo que não

¹¹⁶ “As modificações introduzidas pela Lei n. 12.112/2009 tiveram por objetivo corrigir algumas distorções e dificuldades do texto originário, mormente no que se refere à eficiência processual e à posição do fiador e do sucessor na locação”. (VENOSA, 2012, p. 136).

¹¹⁷ Artigo 12 da Lei n. 12.112/09: “Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. Parágrafo 1º: Nas hipóteses previstas neste artigo e no art. 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia. Parágrafo 2º: O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.” Para Venosa, “a comunicação exigida pela lei tem a finalidade de possibilitar ao locador que exija novo fiador. A lei exige que seja escrita. Se a fiança for pessoal, extingue-se com a exclusão do afiançado da relação contratual. A omissão do cônjuge ou companheiro implicará infração legal. Se, no entanto, feita a comunicação, o locador se mantiver silente, não há mais que se responsabilizar o primitivo fiador”. (2012, p. 156).

¹¹⁸ Artigo 46 da Lei n. 8.245/91: “Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. Parágrafo 1º: Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato. Parágrafo 2º: Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação”.

¹¹⁹ Assim dispõe o artigo 47 da Lei n. 8.245/91: “Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: I - Nos casos do art. 9º; II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego; III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento; V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos. Parágrafo 1º: Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se: a) o retomante,

ocorre por simples decurso do tempo, ou por se encontrar por prazo indeterminado. (RIZZARDO, 2006, p. 520).

Ainda, na locação residencial, existe aquela convencionada por temporada,¹²⁰ presente no artigo 48¹²¹ da Lei n. 8.245/1991, que se destina à locação de residência temporária, para a prática de lazer, estadia em locais para participar de conferências ou congressos, tratamento de saúde, entre outros que dependam tão somente de determinado tempo, não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. O artigo 49¹²² da referida lei autoriza o recebimento antecipado¹²³ dos aluguéis e encargos, de todo o período ou de cada mês, o que é vedado pelo artigo 20¹²⁴ para os demais tipos de locações, exceto quando não oferecida garantia. (RIZZARDO, 2006, p. 513).

Também, na locação por temporada, podem ser exigidas quaisquer das garantias previstas no artigo 37,¹²⁵ quais sejam: fiança, caução ou seguro de fiança locatícia, admitindo-se, porém, uma única modalidade de garantia para cada contrato. (VENOSA, 2004, p. 155).

De outro lado, os imóveis não residenciais são os prédios que não se destinam à moradia habitual do usuário, seus familiares ou dependentes. Destacam-se nessa categoria, o prédio construído para indústria, comércio, supermercados, aquele que compreende salas,

alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado na mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente; b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio. Parágrafo 2º: Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo”.

¹²⁰ “A figura da temporada locativa na nova lei não mais se restringe aos imóveis situados nas estâncias climáticas, hidrominerais ou na orla marítima. Pouco importa a localização do imóvel urbano; exige-se tão somente o preenchimento dos seguintes requisitos: a) ter a locação finalidade residencial temporária; b) conter prazo de duração não excedente a três meses; c) atender as necessidades específicas do inquilino, como: lazer, descanso, tratamento de saúde física ou mental, cultura e realização de obras no prédio onde reside”. (DINIZ, 2010, p. 218).

¹²¹ Artigo 48 da Lei n. 8.245/91: “Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. Parágrafo único: No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram”.

¹²² Artigo 49 da Lei n. 8.245/91: “O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato”.

¹²³ “Os aluguéis de imóveis de temporada geralmente são solvidos em um único pagamento, podendo ser exigidos antecipadamente”. (VENOSA, 2012, p. 137).

¹²⁴ Artigo 20 da Lei n. 8.245/91: “Salvo as hipóteses do art. 42 e da locação para temporada, o locador não poderá exigir o pagamento antecipado do aluguel”. Neste artigo a lei inquilinária veio a proibir a cobrança antecipada de aluguel, por constituir contravenção penal. Porém, o locador estará autorizado a cobrar o aluguel antecipadamente se a locação não estiver assegurada por nenhuma das seguintes garantias locatícias: caução real, fiança ou seguro de fiança locatícia, ou se a locação do imóvel for para temporada. (DINIZ, 2010, p. 102).

¹²⁵ Artigo 37 da Lei n. 8.245/91: “No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia; IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Parágrafo único: É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação”.

andares ou pavimentos para atividades profissionais e ainda os terrenos para circo, parques de diversões, quermesses, exposições, publicidade, entre outros. (RIZZARDO, 2006, p. 487).

Em relação a esse tipo de locação, existe importante marco divisório, ou seja, estar ou não a relação jurídica sob a égide da ação renovatória.¹²⁶ Quando não há possibilidade de renovação compulsória da locação, o contrato submete-se aos princípios gerais da Lei do Inquilinato, sujeitando-se à denúncia vazia depois de findo o prazo determinado e mais o que fixam as disposições gerais (artigos 1º ao 45), ou seja, terminado o prazo do contrato, cumpre ao locador promover a ação de despejo nos trinta (30) dias seguintes, caso contrário, terá que notificar previamente. (VENOSA, 2004, p. 155-156).

O direito à renovação do contrato de locação de imóvel destinado à indústria e ao comércio, introduzido pela chamada Lei de Luvas, Decreto n. 24.150/34, atendeu na época a uma nova realidade, vigorando por mais de meio século, protegendo o fundo de comércio e restringindo a liberdade de contratar. O termo luvas “referia-se a qualquer soma em dinheiro que o locatário pagasse ao locador por ocasião da renovação independentemente do aluguel mensal”. (VENOSA, 2004, p. 157).

Integrada de forma marcante no direito positivo brasileiro, a Lei de Luvas nunca teve caráter emergencial. Assim, o legislador da presente lei inquilinária, “pretendeu transcender o caráter nitidamente emergencial, continuísta, contingencial, demagógico e excepcional das leis anteriores. Inseriu o conteúdo fundamental do Decreto 24.150/34 no bojo da lei vigente”. Portanto, “as locações com finalidade urbana são regidas pela presente lei, inclusive aquelas com direito à renovação compulsória”. (VENOSA, 2004, p. 156).

O direito à renovação nas locações de imóveis urbanos não residenciais é disposição de norma cogente, não sendo possível a dispensa pelas partes. O contrato não pode impedir ou dificultar o direito à renovação, pois qualquer cláusula nesse sentido é nula de pleno direito. Para a renovação é essencial a existência de contrato escrito com prazo determinado, além do período de cinco anos, podendo as partes contratar a renovação com prazo inferior. Assim, “não haverá direito à renovação se não houver contrato escrito. Desse modo, não pode ser renovado compulsoriamente o contrato que vige por prazo indeterminado”. A ação deve ser

¹²⁶ Tratando-se de locação não residencial, desde que não seja cabível ou não seja exercida a tempo a ação renovatória, cessa de pleno direito o contrato ao término do prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso do locador ou locatário, conforme disposto no artigo 56, da Lei n. 8.245/91. A prorrogação por prazo indeterminado apenas ocorrerá, nestas hipóteses, se o locatário permanecer no imóvel por trinta (30) dias sem a oposição do locador, conforme preceitua o artigo 56, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91. (TEPEDINO, 2004, p. 166).

proposta no prazo de um ano até seis meses antes do término do contrato. (VENOSA, 2004, p. 157).

Da junção da locação residencial com a não residencial, têm-se as chamadas locações mistas, ou seja, quando os imóveis são usados concomitantemente para fins residenciais e não residenciais. Neste caso, “não se delinea a finalidade da locação, mas serve tanto para a residência, como para o exercício de uma atividade”. Essa matéria não está regulada na Lei n. 8.245/91, utilizando-se a seguinte técnica: transformado o imóvel para uso comercial, “se o locador preferir por não despejar em virtude de infração contratual, admite-se que se utilize dos cânones que tratam da locação não residencial”; ou “passando o inquilino a usar o bem para a residência, malgrado constar outro tipo de finalidade, não se beneficiará ele com as regras que tratam da locação residencial”. (RIZZARDO, 2006, p. 508-509).

A jurisprudência, por sua vez, em vista da lacuna legal, vale-se do critério da preponderância, levando em conta os dados de fato, verificando se a finalidade residencial prepondera sobre a não residencial, ou se ocorre o contrário. Porém, se não for possível identificar com segurança a que se sobressai, a tendência tem sido a de aplicar o regime mais favorável ao locatário. (COELHO, 2012, p. 227-228).

Ao tratar das nulidades do contrato, embora exista o pressuposto de que os contratantes se encontram em igualdade de condições e são livres para aceitar ou negar as cláusulas de um contrato, o artigo 45¹²⁷ da Lei n. 8.245/91 traz nítida proteção aos locatários, por possuírem um menor poder econômico, e pelo fato dos locadores, muitas vezes, utilizarem subterfúgios ou cláusulas leoninas, para impor exigências descabidas ou contrárias à própria lei, que é de ordem pública. (MONTEIRO, 2001, p. 32).

Se ocorrer o abuso em uma cláusula do contrato, a nulidade recairá apenas na cláusula, e não em todo o pacto, embora seja indispensável a manifestação do Poder Judiciário no sentido de declarar a cláusula *contra legem* ou *in fraudem legem*,¹²⁸ visto que a nulidade deverá ser alegada por qualquer interessado, pelo Ministério Público ou pelo julgador. Aliás, o próprio contrato poderá ser considerado nulo nas seguintes hipóteses: quando for realizado

¹²⁷ Artigo 45 da Lei n. 8.245/91: “São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem elidir os objetivos da presente Lei, notadamente as que proibam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto”.

¹²⁸ “Contra a lei ou fraude à lei”.

por incapaz, tiver objeto ilícito ou impossível, preterir solenidade essencial ou quando a lei declarar a nulidade ou lhe negar efeito. (MONTEIRO, 2001, p. 32).

Tratando do direito processual da Lei do Inquilinato, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil brasileiro, em especial que os processos não se paralisam nas férias forenses e que as citações e notificações podem ser efetuadas por correspondências e, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante telex ou fac-símile, além da utilização das formas processuais ordinárias. Ainda, o recurso terá efeito unicamente devolutivo, podendo a sentença ser executada independentemente da interposição da apelação. (VENOSA, 2012, p. 174).

Com isso, verifica-se que qualquer que seja a hipótese de locação de imóvel urbano, os direitos e obrigações das partes estão disciplinados exhaustivamente na Lei do Inquilinato e, assim, não se sujeita o contrato às normas do Código Civil sobre locação de coisas (artigos 565 a 578).

Dessa maneira, fica evidente que o grande desafio do legislador ao regular a locação de imóveis residenciais e não residenciais foi justamente de encontrar um ponto de equilíbrio entre a tutela dos interesses do locatário, visto que é tratado como a parte mais vulnerável da relação jurídica, e ao mesmo tempo possibilitar ao locador a obtenção de um resultado razoável na exploração de seu imóvel, de forma a incentivar o seu aproveitamento econômico.

2.2.3 Locação de imóveis rurais

Tratando da locação de imóveis rurais¹²⁹ tem-se que eles se destinam a atividades rurais, não interessando a localização.¹³⁰ Tal contrato é regulado pelo Estatuto da Terra, ou seja, a Lei n. 4.504/64, que disciplina os contratos agrários e a reforma agrária.

¹²⁹ O artigo 4º do Estatuto da Terra, em seu inciso I, define o conceito de imóvel rural como sendo o “prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”.

¹³⁰ “É pela destinação econômica do imóvel que se pode concluir quando a locação tem por objeto um prédio rústico ou urbano. Pouco importa o local onde se encontre situado. Considera-se prédio rústico destinado à lavoura em qualquer de suas modalidades, nada obstante situar-se dentro ou fora do perímetro das povoações, enquanto prédio urbano, ainda que situado fora dos limites das povoações, é o que não se destina à economia rural”. (LOPES, 1999, p. 63).

A reforma agrária¹³¹ consiste em estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade e o uso da terra, visando a promover a justiça social, o progresso do trabalhador rural e o desenvolvimento do país. Portanto, “não resta dúvida de que, nesse contexto, figura como fator de maior relevância, o relacionamento entre o homem e a terra”. (SILVA, 2001, p. 219).

Salienta-se, primeiramente, que na locação de imóveis rurais não interessa a moradia no prédio, pois a finalidade deste contrato de locação é o uso da terra, aparecendo em plano secundário a moradia. (RIZZARDO, 2006, p. 515-517). Aliás, invoca-se a utilização econômica, para dizer que é rústico aquele imóvel que “a uma atividade rural se destina, seja na lavoura, seja na pecuária, em contraposição ao urbano que não recebe tal emprego, independentemente da localização, de um ou de outro, dentro ou fora dos limites dos núcleos urbanos”. (PEREIRA, 2012, p. 252).

A locação de imóvel rural para fins de exploração de atividade produtiva (agrícola, pecuária, granjeira, etc.) denomina-se arrendamento rural. A lei protege o arrendatário, garantindo-lhe inerência à colheita retardada sem sua culpa e concedendo-lhe preferência, em igualdade de condições, para o arrendamento do mesmo imóvel rural pelo período seguinte. Ainda, em caso de alienação do imóvel rural, o arrendamento continua em vigor, mesmo que não contemple cláusula de vigência, nem esteja registrado no respectivo Registro de Imóveis. (COELHO, 2012, p. 233).

O contrato de locação de imóvel rural pode, como qualquer outro, ser ajustado por prazo determinado ou indeterminado. Mesmo que seja determinado o prazo, o término do contrato só acontecerá depois de ultimada a colheita, prorrogando-se inclusive o prazo, caso ocorra retardamento da colheita por motivo de força maior (artigo 95,¹³² I, da Lei n. 4.504/64). Porém, estabelecida a duração por prazo incerto, ou na falta de estipulação, presume-se contratado por um mínimo de três anos, observada a regra do tempo indispensável a uma colheita (artigo 95, II, da Lei n. 4.504/64). (PEREIRA, 2012, p. 252).

¹³¹ O Estatuto da Terra estabeleceu o seu entendimento a respeito de reforma agrária em seu artigo 1º, parágrafo 1º, estatuinto que: “Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover a melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e o aumento da produtividade”.

¹³² Artigo 95, incisos I e II, da Lei n. 4.504/64: “Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: I – os prazos de arrendamento terminarão sempre depois de ultimada a colheita, inclusive a de plantas forrageiras temporárias cultiváveis. No caso de retardamento da colheita por motivo de força maior, considerar-se-ão esses prazos prorrogados nas mesmas condições, até sua ultimação; II – presume-se feito, no prazo mínimo de três anos, o arrendamento por tempo indeterminado, observada a regra do item anterior”.

O locatário de imóvel rural, da mesma forma que nos demais contratos de locação, é obrigado ao pagamento da renda estipulada. É muito frequente ajustar-se a renda em gêneros ou produtos de cultura do inquilino ou parte em dinheiro e parte em espécie. O devedor está sujeito ao que for acordado, mas não tem o direito de forçar o arrendador a receber diversamente do pactuado, ainda que mais valioso. Aliás, não é lícito ao locatário invocar a esterilidade da terra ou malogro da colheita por caso fortuito para não cumprir com a sua obrigação de lhe pagar a renda estipulada. (PEREIRA, 2012, p. 253).

Ao final do contrato, o locatário tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis que vier a ter realizado no imóvel, inclusive com o direito de retenção do imóvel até que seja paga. Tem direito também à indenização pelas benfeitorias voluptuárias, quando autorizadas pelo locador, sem direito de retenção. (PEREIRA, 2012, p. 254).

As matérias não reguladas pelo Estatuto da Terra submetem-se às normas do Código Civil atinentes à locação de coisas, conforme dispõe o artigo 92, parágrafo 9º¹³³ do Estatuto da Terra.

Portanto, diante da análise das várias espécies de locação, verifica-se que tal contrato deve levar em conta todas as disposições existentes no direito positivo para servir de instrumento garantidor à manutenção e proteção jurídica das partes envolvidas, devido ao seu caráter de relevante interesse social, seja por representar a moradia do inquilino (urbana) ou o seu meio de sustento (rural).

2.3 As garantias cabíveis no contrato de locação

As garantias¹³⁴ possuem papel fundamental para o contrato de locação. A Lei do Inquilinato estabelece quatro modalidades de garantia, que podem ser caução, fiança, seguro de fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, sendo que apenas

¹³³ Artigo 92 da Lei n. 4.504/64: “A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta Lei. [...] Parágrafo 9º: Para solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil”.

¹³⁴ O termo “garantia” tem origem na palavra francesa *garantie*, que significa proteger e assegurar. De sorte que, toda garantia será uma proteção, que se concede ao credor, aumentando a possibilidade de receber aquilo que lhe é devido. (DINIZ, 2010, p. 156). As garantias podem ser reais ou pessoais.

uma¹³⁵ delas é permitida para cada contrato. Raros são os contratos que se apresentam sem alguma das garantias.¹³⁶

A garantia locatícia é o ajuste, inserido na locação, que tem por objetivo dar ao locador uma segurança no que diz respeito ao pagamento do aluguel e dos demais encargos locatícios. Poderá efetivar-se mediante a entrega de dinheiro, de um bem móvel ou imóvel, pertencente, em regra, ao inquilino, para responder preferencialmente pelo resgate da dívida, hipótese em que se configura como garantia real, ou, então, mediante promessa de terceiro, estranho à relação jurídica, caso em que se apresenta a garantia pessoal ou fidejussória, qual seja, a fiança. (DINIZ, 2010, p. 156).

Primeiramente, a caução¹³⁷ consiste em qualquer garantia para a realização de um direito. No que tange aos interesses pessoais, a caução é uma garantia que se aplica ao cumprimento de obrigações. A garantia genérica do cumprimento das obrigações é o patrimônio do devedor, e quando, por disposição de lei ou vontade das partes, há necessidade de reforço a essa garantia genérica, recorre-se à caução. (VENOSA, 2004, p. 182).

A caução¹³⁸ pode ser real, quando alguma coisa é dada em garantia, ou fidejussória, quando existir a garantia pessoal – fiança e, nos títulos de crédito, aval. A lei prevê a caução real, em dinheiro ou outros bens móveis e em bens imóveis.¹³⁹ Se for quantia em dinheiro, não pode exceder a três meses de aluguel e será depositada em caderneta de poupança, autorizada pelo Poder Público e por ele regulamentada. (WALD, 2006, p. 437).

¹³⁵ O artigo 43 da Lei n. 8.245/91, em seu inciso II, prevê a conduta de exigir mais de uma modalidade de garantia na mesma locação como contravenção penal: “Constitui contravenção penal punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário: [...] II – exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação. [...]”.

¹³⁶ Entretanto, as garantias não se resumem ao elenco acima. Outros tipos tornam-se possíveis, “como o penhor, a hipoteca, o compromisso de um terceiro. Nada impede que se ofereça em penhor algum bem para garantir a dívida futura. Nem que se dê a hipoteca para emprestar segurança de que o pagamento será efetuado. Desde que previstas em lei as garantias, tornam-se inadmissíveis em quaisquer negócios, se não houver disposição legal em contrário. Perduram as garantias até a efetiva devolução do imóvel”. (RIZZARDO, 2006, p. 555).

¹³⁷ O termo “caução” vem do latim *cautio, cautionis*, que significa ação de se acautelar, precaução, indicando a cautela que se toma, pela qual alguém oferece a outrem a garantia ou segurança para o cumprimento de alguma obrigação. (DINIZ, 2010, p. 157).

¹³⁸ “A caução consiste em afetar bem ou bens do patrimônio do locatário ou de terceiro garante (dinheiro, móvel, imóvel, títulos, ações etc.) à satisfação do crédito do locador. Trata-se de garantia real, portanto. Se a remuneração devida não for paga, o locador terá direito de promover a execução de seu crédito mediante a constrição judicial do bem caucionado”. (COELHO, 2012, p. 220).

¹³⁹ “A caução pode ser dada de três modos: a) em bens móveis ou imóveis; no primeiro caso, o instrumento registrado em Cartório de Títulos e Documentos e no segundo caso, à margem da respectiva matrícula do imóvel; b) em dinheiro, e neste caso, a caução não pode ultrapassar três meses de aluguel. A quantia deve ser depositada em caderneta de poupança, e o locador terá os frutos financeiros do depósito tendo o poder de levantá-la caso haja descumprimento contratual, e esteja caracterizado o inadimplemento de obrigação de pagamento”. (PEREIRA, 2012, p. 274).

Como caução real, a garantia recairá sobre um móvel, constituindo o penhor,¹⁴⁰ sobre imóvel, podendo ser hipoteca¹⁴¹ ou anticrese;¹⁴² ou, ainda, sobre dinheiro, que diz respeito ao depósito. Portanto, é “a garantia dada ao cumprimento de deveres do locatário”. Ao exigí-la, o locador “procura reforço patrimonial nos bens do inquilino ou de terceiro, afetando-os, e adquirindo, assim, sobre eles direito especial, assegurando o cumprimento ou a indenização pelo inadimplemento da obrigação locatícia”. (DINIZ, 2010, p. 157).

Portanto, vencida e não paga a dívida que foi garantida com caução, permite-se ao credor executar o bem que a garante, ou executar a dívida, buscando sua satisfação através da excussão do bem dado em caução. Não dirigirá a ação contra o locatário, apenas buscará trazer para a execução a penhora sobre aquilo que foi dado em caução. (RIZZARDO, 2006, p. 556).

A fiança, por sua vez, é a forma tradicionalmente mais utilizada nas locações. No Código Civil, está disciplinada nos artigos 818 a 839. É uma garantia pessoal, que cria deveres acessórios e subsidiários, podendo ser prestada no contrato principal ou em documento em apartado, permitindo o benefício de ordem.¹⁴³ (DINIZ, 2006, p. 3).

A fiança vem a ser promessa, feita por uma ou mais pessoas, de garantir ou satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento. Assim, haverá contrato de fiança sempre que alguém assumir, perante o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer. O contrato de fiança será *intuitu personae* relativamente ao fiador, porque para a sua celebração será imprescindível a confiança que inspira ao credor, ou seja, o fiador é responsável por débito alheio. (DINIZ, 2006, p. 4).

¹⁴⁰ “Com fundamento no art. 1.431 do Código Civil, poder-se-á definir o penhor como um direito real que consiste na transferência efetiva de uma coisa móvel ou mobilizável, suscetível de alienação, realizada pelo devedor ou por terceiro ao credor, a fim de garantir o pagamento do débito”. (DINIZ, 2012, p. 525).

¹⁴¹ “A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferencialmente, se inadimplente o devedor. É, portanto, um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre sua substância”. (DINIZ, 2012, p. 573). As questões relativas a hipoteca estão disciplinadas nos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil.

¹⁴² A anticrese está prevista nos artigos 1.506 a 1.510 do Código Civil e pode ser definida como aquela “onde o credor assume necessariamente a posse do bem para usufruir seus frutos, a fim de amortizar a dívida ou receber juros. O credor anticrético recebe a posse de coisa imóvel frugífera, ficando os frutos vinculados à extinção da dívida”. (VENOSA, 2006, p. 593).

¹⁴³ O benefício de ordem é um direito que tem o fiador de só responder pela dívida se, primeiramente, for acionado o devedor principal e este não cumprir a obrigação de pagar. Este benefício está previsto no artigo 827 do Código Civil, que assim dispõe: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único: O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito”.

A fiança deverá sempre ser por escrito,¹⁴⁴ pois não permite interpretação extensiva, e não sendo limitada, compreende todos os acessórios da dívida principal, incluindo as despesas judiciais, desde a citação do fiador. (RIZZARDO, 2006, p. 556). Ainda, destaca-se quanto à assinatura do cônjuge do fiador, que gera nulidade se atacado o comprometimento da fiança pelo cônjuge ausente do contrato. Se o mesmo não se manifestar, tem-se mantida válida a garantia, dando-lhe o caráter de anulabilidade. (RIZZARDO, 2006, p. 557-558).

Com relação à temporalidade das garantias locatícias, houve modificações com a promulgação da Lei n. 12.112, de 09 de dezembro de 2009, especialmente no que se refere à garantia locatícia prestada por fiança. (PEREIRA, 2012, p. 274).

A fiança nos contratos de locação, regulada pela Lei n. 8.245/1991, foi alterada pela Lei n. 12.112/2009, nos seguintes casos: o parágrafo 1º¹⁴⁵ do artigo 12 passou a tratar que, em caso de sub-rogação na locação, há a necessidade da comunicação ao locador e a eventual fiador; o parágrafo 2º¹⁴⁶ também do artigo 12, em sua nova redação, trouxe que o fiador que se exonera na sub-rogação responde ainda por cento e vinte (120) dias; já o artigo 39¹⁴⁷ dispôs que a extensão das garantias locatícias, inclusive a fiança, se mantém até a efetiva devolução do imóvel; o artigo 40¹⁴⁸ passou a dar a possibilidade de exigência ao locatário de apresentação de novo fiador ou de substituição da modalidade de garantia em hipóteses antigas preservadas, com duas inovações: inciso II – inclusão da recuperação judicial de fiador ao lado de outros antigos fatores de insegurança que autorizam o locador a exigir substituição da garantia; inciso X – fiador por prazo certo, que na prorrogação para prazo indeterminado da locação manifeste intenção de desoneração, só deixa de responder depois de 120 dias da notificação do fiador; e parágrafo único – locador, nos casos dos incisos I a X,

¹⁴⁴ “A fiança deve ser feita por instrumento público ou particular; não se reclama, porém, que se realize em documento à parte, podendo ser celebrada, como em regra o é, no próprio instrumento do contrato de locação”. (COELHO, 2012, p. 159).

¹⁴⁵ Parágrafo 1º do artigo 12 da Lei n. 8.245/91: “Nas hipóteses previstas neste artigo e no artigo 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia”.

¹⁴⁶ Parágrafo 2º do artigo 12 da Lei n. 8.245/91: “O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador”.

¹⁴⁷ Artigo 39 da Lei n. 8.245/91: “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”.

¹⁴⁸ Artigo 40 da Lei n. 8.245/91: “O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos: I - morte do fiador; II – ausência, interdição, recuperação judicial, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; III - alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador; IV - exoneração do fiador; V - prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo; VI - desaparecimento dos bens móveis; VII - desapropriação ou alienação do imóvel. VIII - exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento; IX - liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei; X – prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. Parágrafo único. O locador poderá notificar o locatário para apresentar nova garantia locatícia no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de desfazimento da locação”.

pode exigir nova garantia, a ser apresentada no prazo notificador de trinta (30) dias, sob pena de desfazimento da locação. (NETO; RESTIFE, 2011, p. 7-8).

A fiança¹⁴⁹ é um negócio entre locador e fiador, prescindindo da presença do locatário, podendo até mesmo ser levado a efeito sem o seu consentimento ou contra a sua vontade. Dessa forma, o locatário não é parte na relação jurídica fidejussória. (DINIZ, 2010, p. 158).

Quando o aluguel for garantido por fiança, se este não for pago na data do vencimento, o locador pode cobrá-lo direta ou subsidiariamente do fiador, que terá, então, direito de regresso contra o locatário. (COELHO, 2012, p. 221).

A Lei do Inquilinato permite, ainda, como garantia o seguro de fiança locatícia, regulamentado pela Circular nº 1, de 14 de janeiro de 1992, expedida pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Destina-se tanto a pessoas físicas, quanto a jurídicas e substitui a apresentação de fiadores ou a entrega de bens ou dinheiro em caução. Por este contrato, “compromete-se a seguradora a antecipar ao segurado o montante das dívidas, inclusive as do aluguel e dos encargos legais que se encontram vencidos”. (RIZZARDO, 2006, p. 562).

O seguro de fiança locatícia,¹⁵⁰ enquanto modalidade de seguro de crédito, é o pagamento de uma taxa, correspondente a um prêmio mensal ou anual que se ajustar, tendo como finalidade garantir o pagamento de certo valor ao locador. Assim, mediante o prêmio, garante-se o pagamento de riscos pelo não cumprimento do pagamento do aluguel. Por esta modalidade de garantia o inquilino, chamado também de garantido, pagará mensalmente uma quantia à Companhia Seguradora, para que indenize, cobrindo possíveis e eventuais prejuízos do locador. (DINIZ, 2010, p. 162).

Como seguradora aparece a sociedade devidamente autorizada junto à SUSEP e como segurado o locador. Ele será o favorecido, ou a pessoa à quem a seguradora pagará os prejuízos que teve com a locação, desde que ocorra um evento considerado como sinistro. (RIZZARDO, 2006, p. 562).

¹⁴⁹ Para Diniz, “a fiança será, sem dúvida, bem menos segura do que a caução real, visto que dependerá da idoneidade moral e econômico-financeira do fiador”. (2010, p. 162).

¹⁵⁰ “Se a garantia é o seguro de fiança locatícia, o locatário se obriga a cobrir, junto a uma seguradora e em benefício do locador, o risco de seu inadimplemento. Se o aluguel não for pago no vencimento, o locador a cobra da seguradora (que, por sua vez, tem direito de regresso contra o locatário)”. (COELHO, 2012, p. 220).

A seguradora terá o direito de exigir do segurado e do garantido toda a documentação necessária para a comprovação do sinistro e para possibilitar a fixação do montante dos prejuízos sofridos, e de examiná-la a seu critério. O segurado, de outro lado, terá o dever de evitar ou minorar os prejuízos a serem indenizados pelo seguro. Se o segurado não avisar a seguradora do inadimplemento do inquilino, e comprovado o agravamento do risco oriundo dessa omissão, verificar-se-á a perda automática do seguro. Comprovado o sinistro, a seguradora deverá pagar a indenização dentro do prazo legal. (DINIZ, 2010, p. 164-165).

Por sua vez, o artigo 41¹⁵¹ da Lei n. 8.245/91 afirma que o seguro de fiança locatícia abrangerá a totalidade das obrigações do locatário. O seguro pode ter limite temporal, porém, exemplificativamente, não pode limitar a extensão da cobertura somente aos aluguéis. (VENOSA, 2012, p. 170).

Como objetivo do contrato de seguro de fiança locatícia¹⁵² tem-se a garantia dos prejuízos que o locador-segurado porventura venha a sofrer em razão da falta dos aluguéis e encargos. O prazo do seguro limita-se a doze meses, não importando que a locação tenha previsto lapso temporal maior. Faculta-se, igualmente, “o pagamento dos prêmios em doze prestações”. (RIZZARDO, 2006, p. 562-563).

Outra forma de garantia é a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento que foi acrescida pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Nesta espécie de garantia locatícia tem-se a possibilidade de o locatário oferecer ao locador cotas de fundo de investimento, que podem envolver também fundos de capitalização, que venham a garantir todo o período do contrato da locação ou parte dele, conforme a autonomia da vontade das partes. (PEREIRA, 2012, p. 273).

Nesta modalidade de garantia, o locatário (devedor) cede até que se dê a liquidação total da dívida oriunda do contrato de locação, ao locador (credor) os seus direitos creditórios, representados em quotas, dos chamados títulos de investimento, emitidos por uma entidade financeira, provenientes de operações nos segmentos financeiro, comercial, industrial,

¹⁵¹ Artigo 41 da Lei n. 8.245/91: “O seguro de fiança locatícia abrangerá a totalidade das obrigações do locatário”.

¹⁵² Com o seguro de fiança locatícia haverá despersonalização da garantia; a entidade seguradora, a quem o Poder Público conceder a exploração dessa atividade, terá a obrigação de indenizar o locador pelos aluguéis não pagos pelo locatário. Importante valor terá esta garantia ao inquilino que não possui bens, nem tem amizades com pessoas de idoneidade econômico-financeira que o permita recorrer à fiança. Assim, a Companhia Seguradora designada pelo Poder Público para gerenciar esse seguro deverá permitir fácil acesso aos locatários, por exigir prêmio de custo reduzido. (DINIZ, 2010, p. 164).

prestação de serviços, arrendamento mercantil e sistema de distribuição de valores mobiliários destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários, como por exemplo, construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos ou investimentos em projetos, dentre outros. (DINIZ, 2010, p. 165).

Salvo disposição contrária, a posse direta e indireta das quotas é atribuída ao credor, que, em caso de mora ou inadimplemento da obrigação locatícia, poderá vender o bem objeto da propriedade fiduciária a um terceiro, independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida de apreensão judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor, se houver, o saldo, acompanhado do respectivo demonstrativo da operação realizada. (DINIZ, 2010, p. 165-166).

Com isso, percebe-se que para cada caso de locação poderá existir uma garantia, real ou pessoal, que dependerá da vontade das partes e da análise do caso concreto, possibilitando assim ao locador o efetivo recebimento do aluguel, mesmo se ocorrer a inadimplência do locatário.

Ademais, é sabido que a locação é a realidade de milhões de brasileiros e que a proporção de casas alugadas no Brasil cresce a cada dia. Infelizmente, a habitação própria está longe de ser uma realidade no cotidiano brasileiro, fato este que decorre de problemas políticos, sociais e econômicos.

Portanto, os locatários necessitam, para assegurar ao locador que a prestação será devidamente quitada, de uma garantia que, na maioria das vezes, é a fiança. Com isso, é na locação que a fiança se apresenta mais frequente e oferece maiores problemas judiciais. Um deles é exatamente o da penhorabilidade do bem imóvel residencial do fiador em cobrança decorrente do contrato de locação.

3 O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO E SUA (IM)PENHORABILIDADE

O bem de família é regulado no sistema jurídico nacional pelos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil¹⁵³ e pela Lei n. 8.009/90.¹⁵⁴ Ambas as normas partem do pressuposto de que resguardar o domicílio da família, garantindo-lhe um teto, é fundamental para a sua segurança, evitando, conseqüentemente, sua desestruturação. Assim, o nobre objetivo dos dispositivos legais referentes a esse instituto no Brasil é a proteção da família, incluindo a pessoa solteira, separada, divorciada ou viúva.

Logo, a regulamentação do bem de família visa proteger a necessidade de um mínimo patrimonial para uma vida digna, assegurando a realização da garantia constitucional da moradia como valor inerente a dignidade da pessoa humana.

Assim, visualiza-se que o bem de família tem relevante valor social, pois busca a proteção da família, excluindo da penhora o bem imóvel residencial do núcleo familiar, por quaisquer execuções, salvo raras exceções, dentre elas, a oriunda da obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Contudo, o que deve ser observado, em qualquer situação, é a preservação da dignidade da pessoa humana e da isonomia de tratamento entre locatário e fiador, agregando o reconhecimento constitucional do direito à moradia como um direito social e de relevante ordem pública, eis que nenhuma norma jurídica pode ser considerada válida se não estiver em plena harmonia com tais princípios.

¹⁵³ Tais artigos estão dispostos no Subtítulo IV, dentro do Livro IV, que trata do Direito de Família.

¹⁵⁴ A Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990, dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

3.1 Bem de família: voluntário e legal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, caput,¹⁵⁵ assegurou proteção à família por representar a base da sociedade, tendo como fundamento o respeito à dignidade de cada um de seus membros. Da mesma forma, reconheceu o direito à moradia como um direito social, previsto no artigo 6º¹⁵⁶ da Constituição Federal, garantindo ao indivíduo a mínima integridade física e moral.

Assim, para efetivar tal proteção, o ordenamento jurídico instituiu o bem de família, tendo em vista as inúmeras dificuldades no habitar, seja com a aquisição ou com a locação de imóvel residencial, e, ainda, com a vasta possibilidade daquele que possui uma moradia, vir a perdê-la.

Historicamente, a origem do bem de família remonta ao início do século XIX, quando o Estado do Texas, em 1839, devido à grave crise econômica¹⁵⁷ que assolou os Estados Unidos da América do Norte, promulgou uma lei, a chamada “*homestead act*”, a qual permitia que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à moradia do devedor. Assim sendo, surgiu o instituto do *homestead*,¹⁵⁸ que passou a integrar a legislação de quase todos os Estados norte-americanos e, após também foi agregado ao direito de outros países.¹⁵⁹ (GONÇALVES, 2012, p. 580).

Em consequência da grave crise econômica que estava ocorrendo, houve a desvalorização da moeda e dos demais ativos, provocando, com isso, a insolvência generalizada das pessoas que tinham obtido empréstimos junto a bancos, o que levou os

¹⁵⁵ Artigo 226, caput, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

¹⁵⁶ Artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁵⁷ “Nascida em meio a uma grave crise econômica – entre 1837/1839, 959 bancos fecharam e ocorreram mais de 33.000 falências –, a Lei Texana de 1839, ao consagrar a impenhorabilidade da pequena propriedade familiar (incluídos, aí, os instrumentos de trabalho) – a porção de terra rural de 50 ha. ou de terreno urbano não superior a \$ 500,00 –, terminaria por incentivar o reaquecimento da economia e, bem assim, facilitaria a colonização do Estado do Texas, fixando o homem à terra”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 394).

¹⁵⁸ O significado da expressão *homestead* reporta-se ao local do lar, ou seja, *home* significa lar e *setead* significa local. (NETO, 2007, p. 175). A referida lei tinha a finalidade de proteger os lavradores no cultivo das terras, concedendo-lhes isenção da penhora quanto à propriedade cultivada. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 610).

¹⁵⁹ O êxito da referida Lei do Homestead foi grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados da nação norte-americana, ultrapassando suas fronteiras. Hoje é adotada na grande maioria das legislações, com modificações que procuram adaptá-la às necessidades de cada país. (VENOSA, 2008, p. 377).

credores a realizarem a execução e a penhora dos bens dos devedores, inclusive de suas residências. (LÔBO, 2008, p. 370).

Dessa forma, a referida Lei do *Homestead* “buscou fixar o homem à terra, na medida em que decretou a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos, além dos bens imóveis”, visando, sobremaneira, “a proteção da família e seu imóvel de morar, haja vista que isentava de execução judicial por dívidas as áreas de terra de até 50 acres,¹⁶⁰ bem como terrenos urbanos”, com o objetivo de incentivar a colonização. (NETO, 2007, p. 176).

No Brasil, com a intenção de implementar tal proteção, a impenhorabilidade do bem de família foi incorporada ao ordenamento jurídico através do Código Civil de 1916,¹⁶¹ por força dos artigos 70 a 73, ainda que não tenha havido considerável aceitação por parte da sociedade ao instituto que foi disposto. Talvez porque, “da forma como instituída, a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar implica também na sua inalienabilidade”, ocasionando, com isso, “verdadeira imobilidade patrimonial, pois, em regra, nas classes menos favorecidas, o imóvel residencial é o único bem economicamente relevante”. (VASCONCELOS, 2002, 43-44).

Assim, o bem de família consiste em “uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar”. (VENOSA, 2012, p. 397).

Ainda, o bem de família “é o imóvel destinado à moradia da família do devedor, com os bens móveis que o guarnece, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida”, tendo por objetivo a proteção dos membros da família que nele vivem “da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor”. O bem ou os bens que integram o bem de família ficam afetados à finalidade de proteção da entidade familiar.¹⁶² (LÔBO, 2008, p. 369).

¹⁶⁰ Nos Estados Unidos, acre é uma unidade de medida de área rural que corresponde a 4.046,8564224 metros quadrados.

¹⁶¹ “O Código Civil de 1916 ocupou-se da impenhorabilidade do bem de família nos artigos 70 a 73. Filiou-se à espécie ‘formal’ do instituto, porque exigiu, além do fato de residir no imóvel, declaração de vontade do(s) proprietário(s)”. (ASSIS, 2009, p. 13).

¹⁶² O conceito de entidade familiar “abriga estruturas de convívio das mais diversas, é conceito amplíssimo, que alberga tanto a família de fato (família formada a partir da união estável), constituída por homem, mulher e sua prole, quanto aquelas outras manifestações de afetividade recíproca e de ajuda mútua, como a união do homem e da mulher com os filhos das uniões anteriores de cada um, a união do pai com seus filhos, do pai com os filhos de sua companheira, dos avós com os netos, da mãe solteira com seu filho”. Incluem-se também no conceito de entidade familiar “as uniões homoafetivas, que

É de sua essência, que o bem de família deve destinar-se à residência da família,¹⁶³ mas não constitui requisito de sua criação que já fosse, anteriormente, habitado por ela. Ao prédio aderem todos os acessórios¹⁶⁴ e suas pertenças.¹⁶⁵ O Código Civil de 2002 trouxe uma inovação que consiste em permitir que o bem de família abranja também valores móveis (corpóreos ou incorpóreos) sob a condição de se aplicar a sua renda na conservação do imóvel que lhe é objeto, e ainda do sustento da família.¹⁶⁶ Assim, “todo o complexo (imóvel, pertenças, acessórios, valores mobiliários) estará compreendido na proporcionalidade e na limitação do valor estabelecido no art. 1.711”. (PEREIRA, 2012, p. 603).

Também, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXVI,¹⁶⁷ instituiu o bem de família rural, que visa proteger a pequena propriedade rural. Neste caso, trata-se de impenhorabilidade relativa, condicionada a três requisitos que devem ser cumulados: o primeiro é que o bem deve ser identificado como pequena propriedade; o segundo é que tal propriedade seja trabalhada pela família; e, o terceiro requisito é que a dívida deve ter sido contraída em razão da atividade produtiva. (DIAS, 2007, p. 530).

O objetivo do instituto do bem de família é impedir que o devedor seja privado de uma moradia digna. Verifica-se que “por mais errada que tenha sido a atitude dele no descumprimento da obrigação exequenda, não é justo, senão em hipóteses excepcionais, que fique numa situação patrimonial tão precária, a ponto de perder inclusive a casa ou apartamento em que mora”. (COELHO, 2012, p. 30).

Quanto à natureza jurídica do instituto do bem de família, existem divergências entre os doutrinadores,¹⁶⁸ porém a posição que parece mais adequada é aquela sustentada por

vagarosamente vêm sendo tratadas como união estável no âmbito do direito das famílias e do direito sucessório”. (DIAS, 2007, p. 522).

¹⁶³ “Uma vez realizado o ato de constituição, a família deve transferir-se para o prédio que lhe foi destinado. A ocupação e o uso para residência são essenciais ao bem de família”. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 611).

¹⁶⁴ Artigo 92 do Código Civil: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”.

¹⁶⁵ Artigo 93 do Código Civil: “São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro”.

¹⁶⁶ Assim dispõe o artigo 1.712 do Código Civil de 2002: “O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”.

¹⁶⁷ Artigo 5º, inciso XXVI da Constituição Federal: “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

¹⁶⁸ Pereira cita a posição de alguns doutrinadores acerca da natureza jurídica do bem de família, dentre eles, Marques dos Reis, o qual enxerga “no nosso *homestead* uma transmissão de domínio, em que o instituidor é alienante e a família, como um ente coletivo, o adquirente”. Ainda, Serpa Lopes sustenta “a transformação do domínio pessoal do instituidor em um singular condomínio, mas sem que qualquer dos cotitulares possua uma quota *pro indiviso*”. E, por fim, é citado Clóvis Beviláqua, o qual afirma que o bem de família “limita seu efeito à isenção da penhora sobre o bem destinado ao domicílio da família, que desta sorte deixa de ser uma garantia dos direitos dos credores”. (2012, p. 600).

Pereira que afirma que, ao se tratar do bem de família, não se verifica uma transmissão, salvo constituição por terceiro, porque a coisa não sai da propriedade do poder familiar, e não ocorre a criação de condomínio. Se atentar para o fato de que com a morte de um dos cônjuges e a maioria dos filhos ocorre a sua extinção, do mesmo modo que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem deixar de preencher o requisito de sua destinação, chega-se à conclusão de que a coisa não sofre uma alteração essencial na sua natureza. Dessa forma, “é, e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade, *sub conditione* da utilização como domicílio dos membros da família”. (2012, p. 600).

São duas as espécies de bem de família: o voluntário e o legal. A primeira é resultante da manifestação de vontade do instituidor, que se dá através de escritura pública ou testamento, de conformidade com o disposto no artigo 1.711,¹⁶⁹ do Código Civil de 2002. A segunda espécie ocorre por disposição legal, conforme previsto na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990.¹⁷⁰ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 395).

O bem de família voluntário,¹⁷¹ também chamado de convencional, visa a proteção da base econômica mínima da família, enquanto que o bem de família legal tem por finalidade a proteção da moradia da família. Se o bem de família voluntário for instituído, afastará a incidência do modelo legal, pois somente um pode estar atrelado à entidade familiar. (LÔBO, 2008, p. 370).

A instituição do bem de família voluntário segue a forma solene por exigir escritura pública ou testamento, independentemente do valor do imóvel, devendo ser registrada no

¹⁶⁹ Artigo 1.711 do Código Civil de 2002: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único: O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada”. Neste caso, deverão os instituidores declarar ao Oficial do Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade civil e criminal, não haver desrespeitado o limite legal, sob pena de invalidade do ato. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 400).

¹⁷⁰ A Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990, que entrou em vigor na data da sua publicação, em 30 de março de 1990 e dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, foi gestada a partir da Medida Provisória n. 143 de 08 de março de 1990, editada pelo Presidente da República, José Sarney, e em seguida aprovada pelo Congresso Nacional. (NETO, 2007, p. 183).

¹⁷¹ É chamado bem de família voluntário em razão de “ser instituído por ato de vontade, do próprio casal ou da entidade familiar, mediante registro”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 398).

Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição competente,¹⁷² conforme dispõe o artigo 1.714¹⁷³ do Código Civil. (NÓBREGA, 2011, p. 56).

São três os modos de instituição do bem de família voluntário: mediante escritura pública, lavrada no Cartório de Notas, na qual o instituidor indica os bens imóveis e móveis que constituirão, em conjunto, o bem de família - neste caso, se for casado, haverá necessidade da instituição conjunta do outro cônjuge, salvo no caso dos bens particulares ou se o regime de bens for o da separação; também, mediante testamento, no qual o herdeiro ou legatário será o destinatário e beneficiário dos bens, desde que os aceite com a qualificação de bem de família; e ainda, por liberalidade de terceiro,¹⁷⁴ através de escritura de doação ou testamento, com a expressa aceitação não apenas do beneficiário, mas de seu cônjuge, quando for casado. (LÔBO, 2008, p. 377).

Devidamente instituído, o bem de família voluntário tem por efeito determinar a impenhorabilidade limitada do imóvel residencial, isentando-o de dívidas futuras, exceto as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio, por exemplo, IPTU, ou despesas de condomínio.¹⁷⁵ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 399).

O bem de família voluntário tem por efeito também a inalienabilidade¹⁷⁶ relativa do imóvel residencial, ou seja, depois de instituído, não poderá ter outro destino ou ser alienado, senão com o expreso consentimento dos interessados e seus representantes legais, mediante alvará judicial e ouvido o Ministério Público, se houver a presença de incapazes.¹⁷⁷ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 399).

Do mesmo modo, destaca-se que o imóvel deve ser de titularidade do instituidor ou do terceiro, ou seja, deve ser próprio, não sendo permitido utilizar direitos reais limitados, como por exemplo, o usufruto, ou sobre imóveis alheios ou apenas a posse. Também não é possível

¹⁷² Conforme preceitua o artigo 1.714 do Código Civil, a impenhorabilidade somente passa a clausular o imóvel após o registro do título no Registro de Imóveis. (COELHO, 2012, p. 31).

¹⁷³ Artigo 1.714 do Código Civil: "O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis".

¹⁷⁴ "Ainda voluntária será a instituição do bem de família por terceiro, em prol de grupo familiar do qual este não participe, na forma do art. 1.714 do Código Civil, também condicionado ao registro imobiliário desse título". (CREDIE, 2004, p. 7).

¹⁷⁵ "Desta instituição decorrem a inalienabilidade e a impenhorabilidade do prédio residencial respectivo, contudo, o titular do imóvel não perde a disponibilidade do bem. Entretanto, tal proteção não é absoluta, pois não pode ser oposta nos casos de existência de dívidas anteriores à sua instituição, de débitos tributários incidentes sobre o bem, a exemplo de IPTU, e diante de dívida de condomínio". (NÓBREGA, 2011, p. 56).

¹⁷⁶ "O bem de família é declarado inalienável pelo art. 1.717 do Código Civil. A inalienabilidade vem estabelecida pela lei no propósito de salvaguardar a família do instituidor, proporcionando-lhe seguro asilo". (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 612).

¹⁷⁷ Artigo 1.717 do Código Civil: "O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público".

a instituição do bem de família voluntário tendo por objeto apenas bens móveis, ainda que de grande valor. Dessa forma, não há como proteger apenas os bens móveis, como ocorre com o bem de família legal, ou seja, a proteção dos acessórios é possível conjuntamente com o bem imóvel. (LÔBO, 2008, p. 379).

O bem de família voluntário não tem duração definida, pode manter-se enquanto vivo um dos cônjuges ou companheiros¹⁷⁸ e os filhos forem menores, extinguindo-se quando falecerem ambos os cônjuges ou companheiros e os filhos completarem a maioridade. Assim, quando verificadas tais condições, “o bem de família terá então atingido plenamente seus fins e nada mais legitima a subsistência da cláusula”. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 613).

Diverso do bem de família voluntário, que é estatuído pela vontade das partes, o bem de família legal é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública,¹⁷⁹ em defesa do núcleo familiar. (PEREIRA, 2007, p. 564).

A Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990, trata do bem de família legal,¹⁸⁰ recebendo a proteção de impenhorabilidade, à revelia da manifestação dos instituidores, o único imóvel utilizado como moradia permanente. Trata-se de norma de ordem pública que visa não apenas proteger a família, “mas encontra-se em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, protegendo o direito à moradia do cidadão, preceito constitucional estabelecido no art. 6º da CF/88”. (NÓBREGA, 2011, p. 56).

A mencionada lei surgiu num momento em que se mostrava de suma necessidade controlar o exercício de direitos particulares e valorizar a moradia familiar em benefício da justiça social, principalmente “diante da imprevisibilidade da economia de nosso país, comprometendo consideravelmente o setor habitacional”. (VASCONCELOS, 2002, p. 45). Assim, a Lei n. 8.009/90 representou uma evolução do bem de família voluntário, mostrando-se de evidente cunho social, colocando a salvo de credores basicamente o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar. (VENOSA, 2008, p. 381).

¹⁷⁸ Vide nota de rodapé número 162.

¹⁷⁹ Diz-se que o bem de família legal é de interesse de ordem pública, pois “a vontade de instituir aí é do Estado, não do particular”. (CREDIE, 2004, p. 8).

¹⁸⁰ “Com o advento da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, a instituição do bem de família por ato de vontade, expresso em escritura pública ou testamento, perdeu em grande parte, a sua utilidade. Isso porque esse diploma legal considera bem de família o imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para sua moradia, que é havido como impenhorável por força dessa lei, independentemente de qualquer manifestação da vontade nesse sentido”. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 614).

Essa hipótese de bem de família é chamada legal¹⁸¹ porque sua instituição independe de qualquer declaração de vontade específica do devedor, no sentido de subtraí-lo da garantia geral de seus credores. O bem de família legal não precisa estar registrado no Registro de Imóveis para que o devedor possa invocar a sua proteção, uma vez que o seu fim social é proteger a vida em família.

A lei, ora em análise, tornou impenhorável o imóvel residencial¹⁸² do casal, da entidade familiar e, por força da Súmula n. 364¹⁸³ do Superior Tribunal de Justiça, também das pessoas solteiras, separadas e viúvas,¹⁸⁴ que não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, desde que contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no artigo 3º, incisos I a VII, da Lei n. 8.009/90. (GONÇALVES, 2012, p. 591).

Desse modo, “apesar de a expressão ‘bem de família’ dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a justiça a reconhecer que se trata de instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, morando ou não sozinho”.¹⁸⁵ (DIAS, 2007, p. 521). Assim, todos os residentes, sujeitos do bem de família, se

¹⁸¹ Diferentemente do bem de família voluntário, “a proteção do bem de família legal é imediata, ou seja, deriva diretamente da própria lei, independentemente de instituição em cartório e registro”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 404).

¹⁸² Observa-se que “todo aquele que abre crédito a certa pessoa sabe que, em caso de inadimplemento, poderá buscar em juízo a penhora de qualquer bem do patrimônio dessa última, menos o imóvel em que ela reside. Quando a família possui mais de uma residência, dos imóveis em que reside será impenhorável apenas o de menor valor (Lei n. 8.009/90, art. 5º, parágrafo único)”. (COELHO, 2012, p. 30). Assim dispõe o artigo 5º, parágrafo único da Lei n. 8.009/90: “Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único: Na hipótese de o casal, ou a entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil”. O artigo 70 do Código Civil, por sua vez, tem a seguinte redação: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

¹⁸³ Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

¹⁸⁴ “Não se pode afastar a possibilidade de se estender o direito à impenhorabilidade ao imóvel de uma pessoa solteira. O STJ assumiu tal entendimento equiparando o solteiro, o viúvo e o separado judicialmente, à entidade familiar, conferindo, também, a estes a proteção do *homestead*”. (PEREIRA, 2012, p. 607).

¹⁸⁵ Resp – Civil – Imóvel – Impenhorabilidade. A Lei n. 8.009/90, art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. [...] O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir com outros casais. Data vênica, a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, data vênica, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1999).

constituem em “beneficiários dessa impossibilidade de apreensão judicial.¹⁸⁶ Têm eles, em seu favor, esse direito ou poder de não ver constrita a casa onde moram”. (GONÇALVES, 2012, p. 591).

A impenhorabilidade legal, além das benfeitorias,¹⁸⁷ estende-se a todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional ou móveis, desde que quitados, que se encontrem na casa, bem como sobre as plantações e equipamentos¹⁸⁸ (PEREIRA, 2007, p. 565), excluindo-se os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos,¹⁸⁹ sendo possível ainda, no caso de desmembramento do imóvel, com a consequente redução da área sob proteção do bem de família, desde que não ocorra a descaracterização do imóvel e prejuízo à parte residencial. (NÓBREGA, 2011, p. 56-57).

Também, com a finalidade de proteger a residência familiar, foi editada, em abril de 1998, a Súmula n. 205¹⁹⁰ do Superior Tribunal de Justiça dispondo que a Lei n. 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência. Com efeito, o devedor poderá invocar a proteção legal, mesmo se a penhora de seu imóvel residencial foi ordenada antes de 1990, pois não há direito adquirido do credor para levar o bem à hasta pública, visto que a norma que instituiu esse direito “é cogente, calcada na preservação de interesses maiores do que a mera satisfação individual de crédito, qual seja, a tutela da dignidade humana, com a preservação do patrimônio mínimo do indivíduo”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 409).

Do mesmo modo, merece atenção a situação de casais que romperam o casamento ou a união estável após contraírem a dívida ou durante a execução em que se pretende a penhora do imóvel a ser considerado bem de família. Neste caso, a nova situação de duplicidade de domicílios deve ser bem analisada para que não seja permitida a fraude contra credores, pelo

¹⁸⁶ Podem ser citados como exemplos de apreensão judicial a penhora, o depósito, o arresto, o sequestro, a alienação judicial, a arrecadação, o arrolamento, o inventário e a partilha.

¹⁸⁷ As benfeitorias podem ser definidas como sendo “a obra realizada pelo homem, na estrutura da coisa principal, com o propósito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la”. Ainda, “toda benfeitoria é artificial, decorrendo de uma atividade humana, razão por que não se confunde com os acessórios naturais do solo”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 319).

¹⁸⁸ Assim dispõe o artigo 1º e seu parágrafo único da Lei n. 8.009/90: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único: A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

¹⁸⁹ Artigo 2º da Lei n. 8.009/90: “Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único: No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo”.

¹⁹⁰ Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça: “A Lei n. 8.009-90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

fato de atribuição indevida da qualidade de bem de família a um imóvel. (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 615).

Porém, não se pode afastar o reconhecimento de bem de família ao único bem pertencente ao casal na hipótese de separação ou divórcio judicial ou dissolução de união estável, “gozando o seu titular dos benefícios da lei aquele que ficar com a guarda dos filhos”. (PEREIRA, 2012, p. 609).

Percebe-se, que os benefícios trazidos pelo Código Civil de 2002 e pela Lei n. 8.009/90 buscam proteger efetivamente o núcleo familiar, pretendendo assegurar o desenvolvimento e a segurança aos seus membros. O direito constitucional à moradia, aliado ao princípio da proteção à dignidade da pessoa apresentam-se como fundamento maior da proteção ao bem de família.

3.2 As exceções à impenhorabilidade do bem de família legal

A ideia de conferir isenção na execução por dívidas, equivalendo a outorgar impenhorabilidade à moradia da família, encontra amparo no respeito à dignidade devida aos seus membros. Assim, para dar efetividade ao que programa a Constituição Federal, foi estatuída a Lei n. 8.009/90, objetivando a defesa da entidade familiar e do lugar onde reside a família, originando o bem de família legal e também a sua impenhorabilidade.¹⁹¹

A proteção que a lei visa garantir ao instituidor do bem de família, mediante a sua impenhorabilidade, lhe dá o direito do chamado patrimônio mínimo, que consiste na garantia dos meios mínimos de sobrevivência do ser humano, que é a moradia e o conteúdo que a envolve. Portanto, é o princípio da dignidade da pessoa humana “o responsável pela humanização da execução, recortando do patrimônio o mínimo indispensável à sobrevivência digna do obrigado, sem embargo do dever de prestar, que inspirou o *homestead*”. (ASSIS, 2009, p. 18).

¹⁹¹ “O fundamento da impenhorabilidade de que se reveste o bem de família repousa nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, insertos nas diversas cartas constitucionais do país, especialmente a promulgada em 1988 e a EC 45/2004, que erigiu o direito à moradia como direito fundamental”. (FREDIANI, 2007, p. 8).

Entretanto, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta. O artigo 3º da Lei n. 8.009/90 elenca as sete hipóteses em que pode haver a penhora do bem de família legal,¹⁹² quais sejam: crédito dos trabalhadores da própria residência e de suas contribuições previdenciárias; crédito do financiador de residência; crédito alimentar; crédito tributário, preço público e despesas condominiais; crédito hipotecário; crédito resultante da sentença penal condenatória; e crédito decorrente de fiança locatícia. (FREDIANI, 2007, p. 11-12).

O elenco das exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família legal é taxativo, constituindo *numerus clausus*. Nenhuma outra exceção pode ser incluída, mediante interpretação extensiva.¹⁹³ (GONÇALVES, 2012, p. 593).

Com isso, o artigo 3º, inciso I,¹⁹⁴ da Lei n. 8.009/90, pré-exclui a impenhorabilidade da residência familiar na execução dos créditos de trabalhadores da própria residência¹⁹⁵ e das respectivas contribuições previdenciárias. A categoria dos trabalhadores da própria residência abrange os empregados domésticos, entre eles, cozinheiro(as), faxineira(s), governanta(s), mordomo(s), babá(s), copeiros(as), jardineiro(s), motorista(s) e afins, bem como, pedreiro(s), pintor(es), encanador(es) e afins.¹⁹⁶ (ASSIS, 2009, p. 31-32). Destarte, essa exceção não abrange a empresa que terceiriza trabalhos domésticos, nem os serviços prestados por empregados de condomínio de apartamento, visto que não se equiparam aos empregados de residência.¹⁹⁷ (GONÇALVES, 2012, p. 594).

Já, as contribuições previdenciárias decorrentes das relações laborais domésticas somente determinarão a penhora se existir dívida ativa inscrita e for cobrada pelo órgão

¹⁹² “Em nosso sentir, por seu conteúdo acentuadamente cogente, e em se considerando ainda a parte final do art. 1.711 (que refere e mantém as normas especiais do bem de família legal), tais exceções devem ser aplicadas também ao bem de família voluntário, até mesmo pela natureza dos interesses tutelados neste referido art. 3º”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 405).

¹⁹³ “As particularizações ou exceções à regra geral da inexecutibilidade do bem de família obrigatório constituem *numerus clausus*, ou normas de interpretação restrita. Não admitem, por essa razão, nenhuma ampliação ou interpretação extensiva. Além dos casos de incidência da penhora previstos nos incisos I a VII do art. 3º da referida lei, nenhum outro pode ser criado, contratual ou pretoriamente. Os que ali existem também não devem ser alterados ou modificados. A lei não admite jamais transigência alguma quanto a este elenco”. (CREDIE, 2004, p. 71).

¹⁹⁴ Artigo 3º, inciso I, da Lei n. 8.009/90: “A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”.

¹⁹⁵ A Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972 dispõe sobre a profissão dos empregados domésticos e dá outras providências.

¹⁹⁶ “A expressão ‘trabalhadores da própria residência’ abrange também os que ajudaram a edificá-la ou promoveram benfeitorias no mesmo imóvel, como pedreiros, marceneiros, eletricitistas etc.”. (GONÇALVES, 2012, p. 594). Porém, em sentido contrário, Vasconcelos afirma que “não se enquadram nessa categoria pessoas que, embora realizem atividade profissional na residência do devedor, não são seus empregados, exercendo trabalho autônomo ou vinculado a outro empregador. Nesse contexto estão os pedreiros, pintores, marceneiros, eletricitistas, encanadores, e outros profissionais que trabalham no âmbito da residência apenas em caráter eventual”. (2002, p. 61).

¹⁹⁷ “Não convém esquecer que o empregado doméstico é, em qualquer circunstância, uma pessoa física. A empresa que terceiriza trabalhos domésticos não pode se prevalecer desta exceção à regra da imunidade, porque diversa a relação jurídica que mantém com o contratante, que nunca será exatamente laboral”. (CREDIE, 2004, p. 83).

previdenciário oficial, em processo de execução¹⁹⁸. Por óbvio, excluem-se destas as execuções pelos débitos de seguro-saúde ou previdência privada “que possam ser devidos por convenção a empregados domésticos, entre outros contratos comerciais análogos, sem natureza trabalhista ou previdenciária”.¹⁹⁹ (CREDIE, 2004, p. 84).

Pelo inciso II²⁰⁰ do referido artigo 3º, o imóvel residencial e os móveis que o guarnecem são também penhoráveis na execução por crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.²⁰¹ Assim, são abrangidos por esta regra todos os financiamentos assumidos para a construção ou aquisição da moradia, bem como, os acréscimos decorrentes deste contrato de financiamento, como juros de mora, multas contratuais, correção monetária e outros encargos previstos no pacto. (VASCONCELOS, 2002, p. 62-63).

Por identidade de motivos, o inciso II abrange também as parcelas em que se dividiu o preço e o crédito que foi concedido para a ampliação ou a reforma do prédio, visto que a lei não pode privar os credores do ressarcimento que proporcionaram a valorização do imóvel e até sua subsistência, como por exemplo, as benfeitorias necessárias. (ASSIS, 2009, p. 32-33).

A exceção aqui analisada é plenamente justificável, uma vez que seria ilógico imaginar que determinado indivíduo viesse a contrair obrigações para adquirir ou construir seu imóvel residencial, e, após, esquivar-se ao cumprimento de tais obrigações e, ainda, arguir a impenhorabilidade desse mesmo imóvel por se tratar de bem de família.²⁰² (VASCONCELOS, 2002, p. 62).

¹⁹⁸ O processo de execução fiscal é regulamentado pela Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

¹⁹⁹ Assim, no tocante às contribuições previdenciárias, “estão abrangidas pela exceção do inc. I somente aquelas devidas à Previdência Social pública – e não outros planos de previdência privada”. (VASCONCELOS, 2002, p. 61).

²⁰⁰ Inciso II do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”.

²⁰¹ “A casa de moradia, edificada com numerário obtido junto a instituição financeira, ou mutuante particular, mediante contrato de mútuo, não fica isenta de penhora na execução promovida com base no empréstimo contraído para o fim específico de adquiri-la ou construí-la”. (GONÇALVES, 2012, p. 594).

²⁰² Neste mesmo sentido, assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “[...] O comando do artigo 3º, II, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também alcança os casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel assim qualificado e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2004).

A residência da família, pelo inciso III²⁰³ do artigo 3º, pode ser penhorada na execução de alimentos,²⁰⁴ uma vez que o crédito dessa natureza predomina em relação ao direito à moradia, não interessando a espécie de obrigação alimentar. Admite-se, ainda, a penhora na execução de alimentos indenizatórios,²⁰⁵ que são devidos pelo proprietário por dano à pessoa, em caso de lesão ou morte.²⁰⁶ (ASSIS, 2009, p. 33).

A exceção em favor do credor de pensão alimentícia tem plena justificativa, pois “a necessidade familiar é mais premente que a de moradia”, não importando “se os alimentos devidos são necessários, destinados à satisfação das necessidades primárias da vida, ou civis, direcionados à manutenção da condição socioeconômica, do *status* da família”.²⁰⁷ (GONÇALVES, 2012, p. 595).

Sabe-se que a obrigação alimentícia é reconhecida pela Constituição Federal como merecedora de uma efetiva exigibilidade, superior até mesmo ao direito de liberdade, uma vez que é autorizada a prisão do devedor de alimentos.²⁰⁸ Como as hipóteses de impenhorabilidade previstas no Código de Processo Civil visam a proteção do devedor, não pode prevalecer seu interesse, deixando à míngua o credor alimentício, ou seja, o alimentando. Contudo, de acordo com o artigo 620 do Código de Processo Civil,²⁰⁹ a execução deve ser realizada do modo menos gravoso ao devedor. Desse modo, “entre a penhora dos bens tidos como impenhoráveis e a liberdade do alimentante, certamente a forma menos gravosa é fazer com que seu patrimônio garanta o pagamento de dívida alimentar”.²¹⁰ (DIAS, 2007, p. 531).

²⁰³ Inciso III do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Pelo credor de pensão alimentícia”.

²⁰⁴ A execução de alimentos “é uma execução por quantia certa contra devedor solvente. Contudo, pelas peculiaridades que residem nesta dívida desde o plano material, o legislador foi sensível a ponto de criar regras diferenciadas para a sua cobrança judicial”. Cabe ressaltar que o exame relativo à execução de alimentos “pressupõe a existência de título executivo, judicial ou extrajudicial, revelando se tratar de uma obrigação certa, exigível e líquida”. (BUENO, 2012, p. 413-414). A execução de prestação alimentícia encontra-se disciplinada nos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil.

²⁰⁵ “Ficará afastada a imunidade à apreensão da casa de moradia da família não só por ocasião da execução de alimentos na relação de parentesco, mas também nos casos de indenização por ilícito civil assemelhada à prestação alimentícia, dívidas de caráter indubitavelmente alimentar”. (CREDIE, 2004, p. 87).

²⁰⁶ Existem duas hipóteses de responsabilidade civil por ato ilícito, onde se verifica a prestação de alimentos: em caso de lesão corporal e em caso de homicídio. (VASCONCELOS, 2002, p. 63).

²⁰⁷ No plano do Direito de Família, “tais créditos tanto se determinam pelos alimentos ditos *naturais* (os de pura subsistência, que garantem a sobrevivência do credor) quanto pelos *civis* (os que mantêm o credor em determinada situação socioeconômica)”. (CREDIE, 2004, p. 87).

²⁰⁸ O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal assim prevê: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Com relação à prisão do depositário infiel, a Súmula n. 419 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula Vinculante n. 25 estabelecem ser descabida a prisão civil de depositário judicial infiel.

²⁰⁹ Artigo 620 do Código de Processo Civil: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

²¹⁰ A respeito da penhora do bem de família em dívidas de caráter alimentar: “[...] Impossível alegar a impenhorabilidade do bem de família nas execuções de pensão alimentícia no âmbito do Direito de Família, nos termos do art. 3º, III, da Lei nº

Da mesma forma, não se reveste de impenhorabilidade a residência familiar perante o crédito tributário que tenha por fato gerador a propriedade ou a posse do prédio e respectivo terreno. O inciso IV²¹¹ do artigo 3º menciona o imposto predial ou territorial, bem como suas taxas e contribuições. Assim, os impostos,²¹² as taxas²¹³ e as contribuições de melhoria²¹⁴ que venham a recair sobre o prédio deverão ser pagos, pois, se assim não for, a Administração Pública deixará de arrecadar a receita necessária para realizar os seus objetivos sociais. Porém, impostos sem relação com a residência, como por exemplo, o imposto de renda, não assumem qualquer relevo na espécie.²¹⁵ (ASSIS, 2009, p. 33).

Não havendo o recolhimento de tais tributos, a apreensão judicial recai sobre o imóvel residencial no processo de execução fiscal,²¹⁶ objetivando a satisfação do débito. Sendo assim, nas ações de execução fiscal somente será apreendida judicialmente a casa familiar nos casos de débitos do imposto predial e territorial urbano, o chamado IPTU, ou de taxas, inclusive as de poder de polícia,²¹⁷ e também as contribuições de melhoria, sempre que estiverem vinculadas ao próprio imóvel residencial da família.²¹⁸ (CREDIE, 2004, p. 89). Nessas taxas incluem-se as despesas de condomínio, uma vez que são devidas em função do imóvel

8.009/90. Sendo penhorável, é válido o arresto efetuado sobre o referido bem, que, em caso do não pagamento do débito alimentar, será convertido em penhora, de acordo com o art. 654 do CPC. Necessário, no entanto, resguardar a meação da esposa do alimentante, que não é devedora dos alimentos devidos ao filho deste, nascido fora do casamento. Note-se que este Tribunal de Uniformização Infraconstitucional já firmou entendimento no sentido da possibilidade do bem indivisível de propriedade comum do casal, em razão do regime de casamento adotado, ser penhorado e levado à hasta pública em sua totalidade, desde que reservada à cônjuge-meeira a metade do valor obtido. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005).

²¹¹ Inciso IV do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”.

²¹² O artigo 16 do Código Tributário Nacional traz o conceito de imposto, como sendo “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

²¹³ Artigo 77 do Código Tributário Nacional: “As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único: A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas”.

²¹⁴ O conceito de contribuição de melhoria está disposto no artigo 81 do Código Tributário Nacional: “A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

²¹⁵ “A inexecutibilidade opõe-se em qualquer outro processo de execução fiscal cujo tributo não se ligue, em seu fato gerador, ao imóvel da família, a exemplo do imposto de renda, do imposto sobre serviços por decorrência da atividade profissional do proprietário, do imposto sobre a propriedade de veículos automotores, de circulação de mercadorias, entre tantos outros”. (CREDIE, 2004, p. 89).

²¹⁶ Vide nota de rodapé número 198.

²¹⁷ Poder de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”, ou seja, “é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual”. (MEIRELLES, 2008, p. 133).

²¹⁸ “[...] PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS - ART. 3º, INC. IV, DA LEI 8.009, DE 29.03.90. - PRECEDENTES. I - Consolida-se, nesta Corte, entendimento jurisprudencial no sentido de que passível de penhora o imóvel residencial da família, quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes. Precedentes da Quarta Turma. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1999).

familiar. Referente às contribuições, estão envolvidas as devidas à previdência, por exemplo, em virtude da construção. (ASSIS, 2009, p. 33-34).

O inciso V²¹⁹ do referido artigo 3º traz que a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser alegada na execução de hipoteca²²⁰ sobre o imóvel residencial oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, desde que, a garantia hipotecária esteja validamente registrada no Registro de Imóveis competente. Dessa forma, “o imóvel residencial oferecido como garantia real apresenta-se penhorável em face do credor hipotecário”. (VASCONCELOS, 2002, p. 68).

Importante mencionar que o dispositivo se refere à garantia oferecida pelo casal ou pela entidade familiar. Assim, a validade da hipoteca instituída pelo casal, com exceção do regime da separação de bens, depende da autorização do cônjuge,²²¹ o que não é exigido expressamente nos casos de uniões estáveis ou outras situações que caracterizam entidade familiar. (VASCONCELOS, 2002, p. 68-69).

O referido inciso representa a manifestação do princípio da disponibilidade da impenhorabilidade, pois nada impede que o obrigado/devedor aliene a sua residência familiar para solver dívidas. Neste caso, a residência se diferencia do bem de família, que é inalienável. Impenhorável que seja a residência, o proprietário pode realizar negócios jurídicos de disposição, e a regra cogita, dentre outros, da instituição de gravame real. Portanto, é lícito constituir hipoteca e predestinar a residência da própria família à execução.²²² (ASSIS, 2009, p. 34).

Contudo, no bem de família legal não se deveria permitir que o imóvel residencial fosse objeto de hipoteca, pois, não obstante as suas maiores dificuldades de formalização, ela importa em oneração do imóvel residencial da família, com plena possibilidade de apreensão judicial. (CREDIE, 2004, p. 81).

²¹⁹ Inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”.

²²⁰ Vide nota de rodapé número 141.

²²¹ O artigo 1.647 do Código Civil, em seu inciso I, assim dispõe: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”. O artigo 1.648, por sua vez, possui a seguinte redação: “Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”.

²²² “[...] A impenhorabilidade não é oponível sobre bem oferecido como garantia real, nos termos do art. 3º, V, da Lei 8009/90. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

O inciso VI²²³ do artigo 3º declara, ainda, penhorável a residência familiar quando a sua aquisição se der através do produto do crime e na execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Associa-se a este dispositivo o artigo 5º, inciso XLV,²²⁴ da Constituição Federal, visto que, advindo sentença repressiva, dotada de efeito anexo extrapenal condenatório e constituindo título judicial, a residência familiar responderá pela dívida. (ASSIS, 2009, p. 35).

A ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza,²²⁵ logo existe um conteúdo ético na fruição do direito a não-constrição do bem de família, “que jamais permite se convalide ou fique sanada com ele a origem criminoso ou a aquisição com produto de delito da casa residencial”. (CREDIE, 2004, p. 90).

Com relação à primeira parte do inciso VI, se o bem de família houver sido adquirido com produto do crime, o mesmo responde em sua totalidade, visto a origem criminoso dos valores gastos em sua aquisição.²²⁶ Porém, no tocante a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou indenização devida por um dos membros da família, por ela somente responde a sua fração ideal, uma vez que os demais integrantes da entidade familiar não participaram da prática do fato delituoso. Da mesma forma, o perdimento de bens somente atingirá a parte ideal do condenado criminalmente. (GONÇALVES, 2012, p. 597).

Ainda, giza-se que é necessária a condenação com trânsito em julgado,²²⁷ imputando o crime ao devedor, pois a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (VASCONCELOS, 2002, p. 70).

²²³ Inciso VI do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”.

²²⁴ Inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²²⁵ A regra através da qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza é “corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)”. (TARTUCE, 2007, p. 19).

²²⁶ Neste sentido, “[...] O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 prevê que a impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo quanto tiver “sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”. 2. Entre os bens jurídicos em discussão, de um lado a preservação da moradia do devedor inadimplente, e de outro o dever de ressarcir os prejuízos sofridos indevidamente por alguém em virtude de conduta ilícita criminalmente apurada, preferiu o legislador privilegiar o ofendido, em detrimento do infrator, criando esta exceção à impenhorabilidade do bem de família. 3. No caso, faz-se possível a penhora do bem de família, haja vista que a execução é oriunda de título judicial decorrente de ação de indenização por ato ilícito, proveniente de condenação do embargante na esfera penal com trânsito em julgado, por subtração de coisa alheia móvel (furto qualificado). [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011)

²²⁷ O trânsito em julgado de uma sentença faz coisa julgada material, ou seja, “coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão final”. (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2011, p. 292).

A última exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista no inciso VII,²²⁸ do artigo 3º, introduzido pelo artigo 82²²⁹ da Lei n. 8.245/91, a Lei do Inquilinato, que regula a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais, refere-se ao imóvel residencial do fiador,²³⁰ que pode ser penhorado na execução por dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação.²³¹ (VASCONCELOS, 2002, p. 73).

Pelo fato do acréscimo desse inciso ter sua origem na Lei do Inquilinato, imaginava-se que a fiança somente fosse eliminar a impenhorabilidade da residência do fiador quando fosse prestada em contratos de locação residencial, diante da crise habitacional que assola o país. Entretanto, a norma não fez nenhuma ressalva ou distinção, permitindo que a fiança seja contratada também nas locações não residenciais, e, se instaurada a execução, apreendido o bem de família de quem presta a garantia. (CREDIE, 2004, p. 76-77).

Existem decisões admitindo a aplicação desta exceção nas execuções relativas às fianças prestadas antes do advento da Lei n. 8.245/91. A jurisprudência, entretanto, inclina-se no sentido de não admitir a penhora de bens dos fiadores nas fianças locatícias concedidas na vigência da Lei n. 8.009/90 e antes do advento da Lei do Inquilinato.²³² Isso por que o interesse público de que é revestida a inviolabilidade patrimonial do imóvel residencial não permite que a lei nova, de direito material, retroaja para afastar a proteção legal conferida pela Lei n. 8.009/90. Então, a impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador, só poderá ser afastada nas fianças prestadas após a vigência da Lei n. 8.245/91. (VASCONCELOS, 2002, p. 74).

Com fundamento no entendimento de parte da doutrina de que o aludido inciso VII do artigo 3º afronta os princípios gerais que regem a lei do bem de família e de que poderia ser

²²⁸ Inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/90: “Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

²²⁹ Artigo 82 da Lei n. 8.245/91: “O art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Quando da promulgação da Lei n. 8.009/90, “a contratação de fiança não excluía a proteção dada pelo bem de família. O imóvel residencial do fiador estava isento de constrição judicial. Todavia, o art. 82 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) acrescentou o inciso VII ao art. 3º da lei ora em estudo, objetivando viabilizar as locações em geral, sem distinguir entre locações residenciais e não residenciais”. (GONÇALVES, 2012, p. 598).

²³⁰ A questão da constrição judicial que pode vir a ser realizada contra o bem de família daquele que serve de fiador em um contrato de locação é objeto de debate do item 3.3 da presente pesquisa.

²³¹ “Tal exceção contém uma certa incongruência, pois, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência”. (GONÇALVES, 2012, p. 598). Hoje, verifica-se que “há orientação jurisprudencial entendendo que o imóvel onde reside o fiador sempre poderá ser considerado bem de família”. (VENOSA, 2012, p. 169).

²³² Em sentido contrário, “[...] Não recebe a proteção da impenhorabilidade o imóvel que figura no elenco dos bens expressamente excluídos da incidência da norma (Lei n. 8.009/90, art. 3º, VII), sendo irrelevante que a fiança tenha sido pactuada antes da sua vigência. [...]”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1994).

substituído pela fiança bancária imposta aos contratos de locação, foi apresentado à Câmara Federal o Projeto de Lei n. 1.622/96, que objetiva suprimi-lo. (GONÇALVES, 2012, p. 598).

Do mesmo modo, o artigo 4º²³³ da Lei n. 8.009/90 excluiu dos seus benefícios aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência da família, desfazendo-se ou não da antiga residência. Ainda, o parágrafo 1º do referido artigo autoriza o juiz, na respectiva ação do credor, a transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para a execução ou concurso, dependendo o caso. (PEREIRA, 2012, p. 608).

Ademais, por ser o próprio Estado o instituidor do bem de família legal, é evidente que seu maior objetivo tem por intuito a defesa e a proteção do núcleo familiar, visto ser uma norma de ordem pública. Diante disso, verifica-se que ao tratar das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, é necessária muita cautela e atenção por parte do Poder Judiciário, momento que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o norteador de qualquer decisão, como medida de aplicação da verdadeira justiça para o litígio, que envolve o locador cobrando o fiador.

3.3 A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador de locação: visão doutrinária e jurisprudencial

A questão que envolve a constrição judicial do bem de família do fiador de locação encontra seu fundamento constitucional e civil na defesa do direito à moradia e à dignidade humana, além de envolver a análise dos princípios da boa-fé objetiva e da autonomia privada, buscando sempre atender a função social do contrato.

O assunto mostra-se polêmico e bastante debatido na doutrina, embora no ano de 2006 o Plenário do Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado sobre a questão ao decidir

²³³ Artigo 4º da Lei n. 8.009/90: “Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. Parágrafo 1º: Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. Parágrafo 2º: Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”.

pela constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 no Recurso Extraordinário 407.688-SP de 08 de fevereiro de 2006.²³⁴ Por maioria de votos²³⁵ prevaleceu o entendimento do Ministro Cezar Peluso ao negar provimento ao Recurso Extraordinário e confirmar a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo que determinou a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação.

A apreciação da matéria no Supremo Tribunal Federal envolveu dois questionamentos: de um lado, a autonomia²³⁶ da liberdade individual de contratar do fiador, arcando com as possíveis consequências de sua escolha, e de outro, o direito à moradia, inserto no artigo 6º da Constituição Federal. O Ministro Cezar Peluso, adotando o primeiro posicionamento, entendeu que inexistia incompatibilidade entre a norma do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 e o direito social à moradia. Neste sentido, segue a ementa de tal decisão,

FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91. Recurso penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006).

Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode compreender como encerrada a discussão sobre o assunto, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto no

²³⁴ O referido acórdão reconheceu que o principal direito constitucional garantido é o da dignidade da pessoa humana e dele irradia os demais, servindo de norte para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no plano constitucional. O acórdão conclui afirmando que, no caso em exame, existe sim conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, mas a se concluir pela prevalência do primeiro, que importaria, necessariamente, na impenhorabilidade do bem imóvel residencial do fiador, restará institucionalizada a insegurança e o desestímulo à locação, com inevitáveis reflexos no mercado e também um grave problema social, visto que haverá um incentivo negativo ao também direito constitucional à moradia. (PERES, 2010, p. 72).

²³⁵ A votação teve 07 votos contra 03, sendo votos vencidos o do Ministro Ayres Britto, Ministro Celso de Mello e Ministro Eros Grau.

²³⁶ “A autonomia privada está relacionada a outros dois princípios: liberdade de contratar e liberdade contratual. O primeiro diz respeito à escolha que cada um de nós temos de querer contratar ou não e de escolher quem desejamos celebrar pactos em atenção aos nossos interesses. Este direito de escolha, enquadrado entre os direitos inerentes à pessoa humana, decorre do próprio princípio da liberdade, assegurada pela Carta Magna, que, de regra, não admite limitações. Já a liberdade contratual está relacionada à possibilidade de fixar as regras que norteiam e regulam um determinado ato negocial, ou seja, autonomia reservada para estabelecer o conteúdo do negócio jurídico celebrado”. (NÓBREGA, 2011, p. 65-66).

doutrinário, até mesmo porque existem julgados de outros tribunais²³⁷ decidindo em sentido contrário ao que declarou o Supremo Tribunal Federal. Nada impede que a Suprema Corte venha a mudar seu posicionamento sobre o tema, momento que cabe à doutrina o importante papel de auxiliar.

Na doutrina pátria verifica-se a existência de duas correntes de pensamento, bem distintas, acerca da possível (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Ambas lançam suas teses jurídicas, valendo-se da interpretação conforme a Constituição Federal.²³⁸

Os partidários da primeira corrente entendem que o fim social ao qual a Lei n. 8.009/90 busca preservar deve ser o principal vetor de qualquer interpretação que vise analisar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, pois, seria um contrassenso que o Estado, diante do enfrentamento de inúmeras dificuldades na implementação de programas

²³⁷ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “EMBARGOS DO DEVEDOR - FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - IMÓVEL RESIDENCIAL DE CUNHO FAMILIAR - IMPENHORABILIDADE - MORADIA - DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA LEI MAIOR. Segundo entendimento dominante na jurisprudência, por ter a Carta Constitucional de 1988 conferido ao direito de moradia o status de direito fundamental, essencial à dignidade e ao bem-estar da pessoa humana, não mais prevalece a regra inserta art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, que permite a penhora do imóvel residencial do fiador. [...]”. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2011). O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também decidiu recentemente pela impenhorabilidade do único imóvel residencial do fiador de locação, cuja ementa é a seguinte: “APELAÇÃO CÍVEL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. GARANTIA DE FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EXEGESE DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À MORADIA. LEI N. 8.009/1990 QUE NÃO PODE SER APLICADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Não obstante ter a sentenciante entendido que ‘é passível de penhora o imóvel residencial, nos termos do artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, ainda que eventualmente seja o único pertencente à executada, não ofendendo o direito social de moradia aludido no art. 6º da Constituição Federal’ (fl. 69), destaca-se que as particularidades do caso em apreço e o respeito aos princípios constitucionais de razoabilidade, dignidade da pessoa humana e moradia, autoriza a decretar a impenhorabilidade do bem quando este for o único imóvel da família. Assim, muito embora o art. 3º, VII, desse diploma legal mencione que não se poderá ser argüida a impenhorabilidade do bem de família quando houver fiança em contratos de locação, entendo que estando a moradia erigida a um direito fundamental a ser protegido, conforme preconizado no artigo 6º da Constituição Federal, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel pertencente ao fiador de contrato locatício quando único e utilizado pela entidade familiar para fim residencial”. (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, 2012). Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul: “E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 – CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA – IMPOSSIBILIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. A Lei n. 8.009/90, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º. No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 - penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação - o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, *caput*, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador”. (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

²³⁸ A Constituição Federal de 1988 pode se caracterizar como uma “Constituição social, dirigente e compromissária”. Entretanto, o problema é que “a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos*”. (STRECK, 2004, p. 15).

habitacionais²³⁹ e concretização do direito à moradia, ficasse inerte e indiferente à perda da moradia por aquele que já havia concretizado o sonho da casa própria, por motivos unicamente econômicos. (COZER, 2011, p. 247).

É sabido que a conquista da casa própria, infelizmente, é um privilégio de poucos cidadãos brasileiros e que deve ser preservada pelo ordenamento jurídico através de seu arcabouço legislativo.²⁴⁰ Dessa forma, “permitir a penhora sobre o bem de família do fiador é negar-lhe esta conquista; é negar-lhe direito à moradia; é negar-lhe segurança e satisfação; é afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana por desrespeito ao princípio fundamental de propriedade e moradia”. (NÓBREGA, 2011, p. 63).

Segundo o entendimento de Cozer, de modo algum, diante do propósito de dar novos contornos a esse debate, nega-se o direito de crédito do credor do contrato de locação, mas se afastando da análise pura e simples da letra fria do dispositivo, há necessidade de buscar a humanização do Direito, rechaçando a política legislativa que dá prevalência ao ‘ter’ do credor em detrimento do ‘viver sob um teto’ do fiador. (2011, p. 234).

Neste sentido, verifica-se que

a família, como célula da sociedade, necessita ter ampla proteção do Estado, que não poderá dar-se ao luxo de proteger alguns em detrimento de outros. O direito à moradia, comprovadamente quanto ao amparo e proteção disponibilizados na pós-concretização, banalizado pelo aparato estatal, não poderá cumprir, diante da abusiva previsão legal de penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador de locação, sua finalidade social. (COZER, 2011, p. 262).

Para Assis, o inciso VII viola desde o mínimo existencial, visto que a moradia é um direito social, até o tratamento desigual conferido ao locatário e ao fiador, ferindo o princípio da proporcionalidade,²⁴¹ pois a residência familiar do locatário, adquirida antes, no curso ou

²³⁹ O Programa “Minha casa, minha vida”, realizado pelo Governo Federal, é um exemplo de programa habitacional.

²⁴⁰ “A situação caótica vivenciada pelo Brasil no setor habitacional, devido ao crescimento desordenado das cidades, evidencia a grande necessidade de manter a salvo o único bem imóvel da entidade familiar, assim como os bens móveis quitados que guarnecerem tal imóvel, de eventuais crises e oscilações econômicas que aflijam seus membros, coibindo, assim, o agravamento da já precária situação habitacional em que vivem famílias inteiras que se aglomeram em barracos nas favelas sem as mínimas condições de higiene ou até debaixo de pontes e viadutos, sujeitos a toda espécie de violência e humilhação social”. (COZER, 2011, p. 46).

²⁴¹ “A proporcionalidade consubstancia princípio jurídico fundamental do Estado de Direito, porquanto representa o limite jurídico-constitucional ao arbítrio estatal”, ou seja, “a função eficaz primordial do princípio da proporcionalidade,

após o término da locação, permanecerá impenhorável, enquanto a do fiador responderá pela dívida alheia. (2009, p. 36).

Na mesma linha, Nóbrega assevera que não se pode conferir tratamento diverso²⁴² ao devedor e ao fiador, visto que suas responsabilidades fundamentam-se em um mesmo contrato, e essa desigualdade desnatura “a relação de acessoriedade que liga as duas relações jurídicas obrigacionais”. Sabe-se que no Direito Civil brasileiro o acessório segue a sorte e o destino do principal,²⁴³ assim, na qualidade de contrato acessório, “a validade do contrato de fiança²⁴⁴ repousa no contrato de locação de imóvel urbano, sendo este principal. Já a recíproca não é verdadeira, pois a nulidade do contrato acessório em nada afeta o contrato principal”.²⁴⁵ (2011, p. 61).

Também, partindo da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador possuem a mesma base jurídica – o contrato de locação –, Gagliano e Pamplona Filho aduzem que “não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário”, ou seja, se o locatário, “fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago”. (2012, p. 408).

Os autores concluem afirmando que tal dispositivo de lei “viola o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º,²⁴⁶ da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 408).

enquanto mandamento geral de vedação ao arbítrio estatal, é precisamente de *impedir, bloquear* as ações estatais manifestamente arbitrárias”. (PONTES, 2000, p. 58).

²⁴² Segundo Credie, “a tese de não se tratar com igualdade fiador e locatário encontra-se vencida nos tribunais. A propósito, o locatário, em razão desta alteração do texto inicial da lei, não se beneficiará da imunidade do seu bem de família quando sofrer execução pelo crédito do fiador, que adimpliu a dívida locatícia ou respondeu por ela com o seu próprio imóvel residencial”. (2004, p. 78).

²⁴³ Assim dispõe o artigo 92 do Código Civil Brasileiro: “Principal é o bem que existe em si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”.

²⁴⁴ A fiança é um contrato meramente acessório, pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 408).

²⁴⁵ Artigo 184, do Código Civil: “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; e a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

²⁴⁶ O caput do artigo 5º da Constituição Federal estampa o princípio da isonomia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Desse modo, no caso em tela, justo é conferir o mesmo tratamento para aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, uma vez que a justiça deve ser alcançada pela aplicação de tratamento igualitário àqueles que se encontram na mesma categoria, corrigindo-se as distorções sociais que ocorrem.

Logo, revela-se a igualdade ao tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de suas desigualdades, buscando alcançar a igualdade material, utilizando, para isso, os valores consagrados pela sociedade e inculpidos na Constituição Federal para o reconhecimento das características essenciais que os diferenciam, e nesse caso, locatário e fiador devem receber o mesmo tratamento.

Também, Vasconcelos sustenta que o inciso VII viola o direito do fiador, visto que o coloca em situação “escancaradamente inferior” em relação ao afiançado/locatário, pois até os móveis que guarnecem a residência do locatário são impenhoráveis, enquanto que o imóvel residencial do fiador e de sua família, bem como os móveis que o guarnecem são penhoráveis, verificando que “a discriminação é flagrante e incompreensível”. (2002, p. 74).

A autora complementa sua tese afirmando que o maior absurdo se verifica quando “na hipótese de cobrança regressiva por parte do fiador, que o locatário poderá argüir a impenhorabilidade legal de seu imóvel residencial – se o possuir -, mesmo que o fiador tenha perdido o seu bem de família para honrar a garantia prestada”. (VASCONCELOS, 2002, p. 61).

Da mesma maneira, Alberton entende que, no caso em exame, é possível admitir que qualquer norma infraconstitucional que permita o despojamento de moradia própria em decorrência de dívida de afiançado, retirando do fiador, que não ofereceu expressamente o seu bem imóvel residencial como garantia, a segurança de um teto para morar, não atende ao princípio fundamental de proteção à dignidade humana e, portanto, “não merece ser aplicada. Isso porque não observa a norma infraconstitucional a garantia de valor a ser preservado e a ser hermeneuticamente considerado”. (2001, p. 100). Desse modo,

é inegável que a inserção da obrigação decorrente de fiança como exceção às hipóteses de proteção ao bem de família, foi direcionada à solução da questão relativa ao mercado de locações. Porém, esclareça-se que essa exceção não pode decorrer da mera garantia de fiança, mas tão-somente de manifestação expressa do fiador, renunciando à proteção da impenhorabilidade de seu bem imóvel residencial. Isso ocorre quando ele expressamente deixa consignado que oferece em garantia o imóvel residencial e não em decorrência do simples fato de ele ser proprietário de imóvel e assim informar no contrato de locação. (ALBERTON, 2001, p. 101-102).

Como solução do impasse, Neto defende que seria necessária a revitalização do seguro-fiança, para se ter a melhor e mais eficiente garantia locatícia, devendo ser contratada de forma impessoal e sem a inconveniência de “penhorar a casa de morar de um fiador, de um pai de família, implicando na ruína de mais um brasileiro – pelo fato de, singelamente, e com estribo no vetusto princípio do *pacta sunt servanda*²⁴⁷ – ter assumido e pago uma dívida dos outros!”. (2007, p. 199).

Assim, Nóbrega defende que a revogação do referido inciso VII é medida necessária à coerência do ordenamento jurídico, seja pelos fundamentos constitucionais apresentados, seja pelos fundamentos civilistas declinados, “sendo o que sinceramente se espera em prol à validade jurídica do Direito Civil”. (2011, p. 73).

Portanto, torna-se necessária uma nova leitura interdisciplinar do direito civil, ou seja, a sua repersonalização, que representa a valorização da dignidade da pessoa humana dentro do ordenamento civil. A constitucionalização do direito civil “trouxo uma mudança de enfoque, na medida em que o direito deixou de ter por escopo a tutela do ‘indivíduo’, do sujeito de direito, e passou a proteger a dignidade da pessoa humana”. Dessa forma, “se depreende que a pessoa, como um todo e inserida no meio social, deve ser vista como centro do ordenamento jurídico, que, por sua vez, tem como finalidade proporcionar-lhe o pleno desenvolvimento, favorecendo a formação de uma sociedade justa e igualitária”. (TONIAL, 2009, p. 66-67). Nessa senda, o direito à moradia do fiador se sobrepõe ao direito de crédito do locador, devendo merecer a mesma proteção outorgada ao bem de família do locatário.

Ainda, com a edição da Súmula 486²⁴⁸ do Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2012, verifica-se que não pode ser penhorado o único imóvel residencial do devedor que

²⁴⁷ Pelo princípio do *pacta sunt servanda*, o contrato deve ser fielmente cumprido, ou seja, o contrato é lei entre as partes. (NETO, 2007, p. 194).

²⁴⁸ Súmula 486 do Superior Tribunal de Justiça: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

esteja locado a terceiros, desde que a renda resultante dessa locação seja revertida em benefício da subsistência ou a moradia da sua família. Ora, se o Superior Tribunal de Justiça sumula ser impenhorável o único imóvel residencial do devedor, mesmo que esteja alugado para um terceiro, o que fundamenta a penhora do imóvel residencial onde reside o fiador de locação e sua família? Neste caso, percebe-se o evidente tratamento desigual conferido ao locatário em face do fiador, embora se encontram envolvidos na mesma relação jurídica, qual seja, o contrato de locação.

Observando sob outro viés o problema da penhora do imóvel residencial do fiador ganham destaque os locadores, que geralmente através de suas administradoras de imóveis, alegam a necessidade de garantir os débitos provenientes do contrato não cumprido pelo locatário.²⁴⁹ Com isso, os administradores de imóveis, defendendo os interesses dos locadores, geralmente, exigem como uma das condições para ser fiador em um contrato de locação, ser proprietário de bem imóvel e, por isso, essa será a garantia do cumprimento da obrigação assumida pelo locatário frente ao locador.

Aparecem então, os adeptos da segunda corrente, afirmando que a proteção constante da Lei n. 8.009/90 é passível de renúncia, pois está na parte dos direitos disponíveis, ou seja, a renúncia à impenhorabilidade do bem de família trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada, como ocorre, por exemplo, quando o devedor o oferece à excussão. (TARTUCE, 2007, p. 19-20).

É o que ocorre quando o fiador de locação deixa expressamente consignado que oferece em garantia o imóvel residencial e não em decorrência do simples fato de ele ser proprietário de imóvel e assim informar no contrato de locação. (ALBERTON, 2001, p. 102).

Sendo assim, Peres afirma que os direitos fundamentais, dentre eles o direito à moradia e o direito de propriedade, são irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, porém tais características não são absolutas. Desse modo, o fiador que concorda com a possibilidade de penhora de seu bem imóvel residencial, se necessário for, “para pagamento da dívida garantida, não está renunciando ao seu direito fundamental de propriedade, mas apenas à propriedade de tal bem, pois se é lícito alienar tal bem, igualmente é lícito dá-lo em garantia”. (2010, p. 81-82).

²⁴⁹ A norma em assunto “visa justamente o estímulo à locação, que assegura o direito à moradia a muito mais pessoas que o direito de propriedade, tendo em vista que poucos têm os recursos necessários para a aquisição da casa própria”. (PERES, 2010, p. 89).

O simples fato de poder dar seu bem imóvel em garantia de dívida, e, portanto, a possibilidade de que tal bem venha a sofrer uma penhora, não é por si só inconstitucional, “porque não viola o direito à moradia do fiador, que se obrigou de vontade própria, e porque o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade do bem residencial”.²⁵⁰ (PERES, 2010, p. 85).

Neto elenca as razões aduzidas por aqueles que defendem que o inciso VII não se mostra inconstitucional, quais sejam: o direito à moradia é uma norma constitucional de eficácia limitada e o objetivo da presente exceção é o de fomentar o mercado da locação, facilitando assim o direito à moradia, sobretudo daquelas pessoas de menor poder aquisitivo, que têm dificuldades de conseguir um fiador com mais de um imóvel. (2007, p. 188-189).

Afirmam, ainda, que é constitucional a exceção do referido inciso VII porque: se inconstitucional fosse, as demais exceções previstas nos incisos I a VI também resultariam inconstitucionais; que o mencionado inciso não viola o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal, uma vez que o contrato de locação é distinto do contrato de fiança; se fosse inconstitucional a exceção em destaque, haveria uma redução na oferta de imóveis para locação, bem como uma generalização do uso de fiadores profissionais, tornando, assim, o mercado das locações uma verdadeira “loteria”, impondo aos locadores a exigência de outras formas de garantia e, ainda, poderia fomentar a má-fé de inquilinos, que propositalmente deixariam de pagar aluguéis, já com a certeza de que os bens de seus fiadores estariam livres de uma futura constrição judicial, posto que impenhoráveis. (NETO, 2007, p. 189).

Adepta a essa segunda corrente,²⁵¹ Peres aduz que não é por ser o direito à moradia uma norma programática,²⁵² e por isso, dependente de atividade legislativa, que não se aplica na relação contratual de fiança, mas sim porque existe norma infraconstitucional específica

²⁵⁰ Em sentido contrário, “o direito de propriedade tem relação íntima com o direito assegurado à moradia, ao passo que visa garantir ao cidadão a manutenção do patrimônio construído com esforço e renúncias, com o objetivo de conferir segurança ao núcleo familiar através de habitação própria”. (NÓBREGA, 2011, p. 63).

²⁵¹ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul adota o mesmo posicionamento que o Supremo Tribunal Federal, ou seja, defende a possibilidade da penhora do bem de família do fiador locatício. Neste sentido: “APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR DE OBRIGAÇÃO ORIUNDA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. O STF julgou constitucional o inc. VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 (acrescido pela Lei n. 8.245/91), bem como a ausência de afronta ao direito social de moradia previsto no art. 6º da Constituição da República. Sendo assim, é plenamente cabível a penhora do imóvel residencial do fiador. RECURSO DESPROVIDO”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012).

²⁵² “Na hipótese de considerar-se uma norma constitucional de eficácia limitada ou programática, a exceção do art. 3º, VII da Lei n. 8.009/90 permaneceria em plena vigência e, portanto, plenamente recepcionada pela Constituição Federal”. (NETO, 2007, p. 187).

regulamentando a situação de fato e permitindo a penhora do bem de família do fiador da locação. (2010, p. 88).

Para essa segunda corrente, portanto, “se o fiador livremente se obrigou e a lei prevê que pode perder seu bem, não se pode liberar da obrigação assumida, sob pena de se atentar contra a segurança jurídica”. (PERES, 2010, p. 87). No mesmo sentido, Assis infere que “a ninguém é dado iludir os outros, outorgando garantia que não honrará no momento decisivo”. (2009, p. 36).

Dessa forma, para quem defende a penhora do bem de família do fiador de locação,

inexiste inconstitucionalidade no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, quer seja tal norma analisada em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, quer com o direito de propriedade, ou com o direito à moradia. [...] Tendo o fiador optado livremente por dar em garantia o seu único bem, não pode escusar-se de cumprir a obrigação assumida, porque ao fazer isso, abriu mão da proteção legal da impenhorabilidade do bem de família (que visa proteger o direito à moradia, na sua forma de direito de propriedade), salvo se, comprovada, no caso concreto, a afronta à sua dignidade. (PERES, 2010, p. 88-89).

Portanto, diante das duas correntes apresentadas, conclui-se que a Constituição Federal instituiu uma nova ordem constitucional, a qual afetou o ordenamento jurídico brasileiro em seus mais variados campos, na medida em que incorporou diversos valores a serem, obrigatoriamente, observados pelos operadores do Direito para a melhor aplicação das regras jurídicas ao caso concreto.

O texto constitucional vigente ao disciplinar como princípios básicos a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade social, exigiu uma mudança de postura do aplicador do direito. Sobremaneira, essa nova ordem refletiu no campo do direito civil com a promulgação de normas preocupadas em buscar a tutela dos interesses pessoais, mas subordinado ao interesse social, dentre elas, a Lei do Bem de Família e a Lei do Inquilinato.

Com efeito, observa-se que a penhora do bem de família do fiador de locação, prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90, introduzida pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/91, é questão debatida e divergente tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, e que sua aceitação pode ferir a tutela protetiva prevista na Carta Magna.

Ademais, não é aceitável que a proteção do direito fundamental e social à moradia da entidade familiar do fiador de locação, justificada na própria razão de ser do instituto do bem de família, venha a ser prejudicada em decorrência de uma constrição judicial ocasionada pela inadimplência do locatário, o devedor principal. Assim, a impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação tem por fundamento a dignidade humana e a concretização do princípio constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo as desigualdades sociais com a promoção do bem-estar de todos os cidadãos, sem discriminação.

CONCLUSÃO

O presente estudo constata que a penhora do bem de família do fiador de locação atenta contra a Constituição Federal, ocasionando um conflito entre o direito à moradia, erigido como um direito social, e os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia de tratamento entre o locatário e o fiador.

Observa-se que a Constituição Federal, enquanto Lei Maior, positiva os direitos fundamentais individuais e sociais, consagrando o respeito à pessoa e ao seu pleno desenvolvimento. Desse modo, os direitos humanos e os fundamentais, sob o ponto de vista da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de justiça, liberdade e igualdade, constituem condição de existência e medida de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Dentro do rol dos direitos fundamentais destacam-se os direitos sociais, os quais traduzem os valores denominados de liberdades positivas e que se concretizam pela prestação por parte do Estado. Dentre esses direitos inclui-se o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal e que se apresenta como um direito essencial e indissociável da vontade humana, portanto, um direito indisponível.

O direito social à moradia constitui-se no lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, o abrigo e a proteção para si e para os seus, faz parte do direito à subsistência, que pertence à expressão mínima do direito à vida e que se encontra intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana.

Assim, o conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação, mas que seja um local de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade da família, pois se trata de situação de direito reconhecida pelo ordenamento constitucional e pertencente à categoria de fundamental.

No tocante à eficácia do direito à moradia, não basta apenas a positivação de sua proteção, é necessária a sua plena concretização por parte do Estado. Todavia, diversa é a realidade brasileira, em que, aproximadamente, 32 milhões de brasileiros moram em casas de

aluguel, o que denota que esse direito não se encontra plenamente efetivado, uma vez que um grande número de cidadãos se encontra à margem de possuir um abrigo próprio, onde possam morar com dignidade e respeito. Com isso, muitos dependem da utilização de imóveis alheios por meio do contrato de locação.

Dessa forma, pelo contrato de locação existe a transferência temporária e mediante remuneração do uso e gozo de um determinado bem infungível a terceiro, com objetivo residencial ou comercial. Logo, a locação pode ser caracterizada como um contrato bilateral, oneroso, consensual, não exige formalidade solene e é de trato sucessivo, podendo ser celebrado tanto em função da pessoa, quanto em vista do imóvel ou da finalidade a que o mesmo se destina.

Assim, a partir da análise das características e peculiaridades presentes no contrato de locação, constata-se que este é um instituto do direito civil presente no cotidiano de milhões de brasileiros, o que vem a exigir redobrada atenção por parte do legislador e do jurista, pois as implicações sociais à moradia são sofridas justamente por quem não possui uma casa própria e necessita apelar à locação para ter um teto para residir.

Quanto às espécies de locação, no ordenamento jurídico verifica-se a regulada pelo Código Civil que trata, preferencialmente, da locação de coisas móveis e em alguns casos de coisas imóveis urbanas; a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais que é regulamentada pela Lei n. 8.245/91, alterada pela Lei n. 12.112/2009; e a locação de imóveis rurais que é regida pela Lei n. 4.504/64, o Estatuto da Terra.

Logo, observando as espécies, também se constata que tal contrato deve levar em conta todas as disposições existentes no direito positivo para servir de instrumento garantidor à manutenção e proteção jurídica das partes envolvidas, devido ao seu caráter de relevância social, seja por representar a moradia do inquilino, na locação urbana, ou o seu meio de sustento, na locação rural.

Ademais, verifica-se que são raros os contratos de locação que se apresentam sem a existência de alguma garantia, visto que estas possuem papel fundamental nessa modalidade de contrato. A Lei do Inquilinato estabelece quatro modalidades distintas: caução, seguro de fiança locatícia, cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento e fiança, sendo que apenas uma delas é permitida para cada contrato.

A caução pode ser real, quando alguma coisa é dada em garantia, ou fidejussória, quando existir a garantia pessoal. Numa possível execução do bem dado em garantia, o credor não dirigirá a ação contra o locatário, apenas buscará trazer para a execução a penhora sobre aquilo que foi dado em caução.

Já o seguro de fiança locatícia consiste no pagamento de uma taxa, que corresponde a um prêmio mensal ou anual que se ajustar, com a finalidade de garantir o pagamento de certo valor ao locador. Desse modo, mediante o prêmio, garante-se o pagamento de riscos pelo não cumprimento do pagamento do aluguel. Por sua vez, na cessão de quotas de fundo de investimento, o locatário oferece ao locador cotas de fundo de investimento, que podem envolver também fundos de capitalização, que venham a garantir todo o período do contrato de locação ou parte dele, conforme a autonomia da vontade das partes.

Ainda, a fiança é a modalidade de garantia tradicionalmente mais utilizada nos contratos de locação. Trata-se de uma garantia pessoal, realizada por uma ou mais pessoas, com a promessa de garantir ou satisfazer a obrigação do devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento. Ela deverá ser sempre de forma escrita, visto que não permite interpretação extensiva, e não sendo limitada, compreende todos os acessórios da dívida principal, incluindo as despesas judiciais, desde a citação do fiador. É necessária também, na fiança, a assinatura do cônjuge do fiador, sob pena de nulidade. Com isso, é na locação que a fiança se apresenta mais frequente e oferece maiores problemas judiciais. Um deles é exatamente o da penhorabilidade do bem de família do fiador em cobrança decorrente do contrato de locação.

Constata-se que o bem de família é regulado no sistema jurídico nacional pelos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil e pela Lei n. 8.009/90. Ambas as normas partem do pressuposto de que resguardar o domicílio da família, garantindo-lhe um teto, é fundamental para a sua segurança, evitando, conseqüentemente, sua desestruturação. Assim, o nobre objetivo dos dispositivos legais referentes a esse instituto no Brasil é a proteção da família, incluindo a pessoa solteira, separada, divorciada ou viúva.

São duas as espécies de bem de família: o voluntário e o legal. A primeira é resultante da manifestação de vontade do instituidor, que se dá através de escritura pública ou testamento, de conformidade com o disposto no artigo 1.711, do Código Civil de 2002. A

segunda espécie ocorre por disposição legal, conforme previsto na Lei n. 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

O bem de família tem relevante valor social, pois busca a proteção da família, excluindo da penhora o bem imóvel residencial do núcleo familiar, por quaisquer execuções, salvo raras exceções, dentre elas, a oriunda da obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. O que deve ser observado, em qualquer situação, é a preservação da dignidade da pessoa humana e da isonomia de tratamento entre locatário e fiador, agregando o reconhecimento constitucional do direito à moradia como um direito social e de relevante ordem pública, eis que nenhuma norma jurídica pode ser considerada válida se não estiver em plena harmonia com tais princípios.

Assim, para efetivar a proteção que a Carta Magna assegura ao indivíduo, o ordenamento jurídico instituiu o bem de família, tendo em vista as dificuldades no habitar, seja com a aquisição ou com a locação de imóvel residencial, e, ainda, com a vasta possibilidade daquele que possui uma moradia, vir a perdê-la.

Entretanto, a impenhorabilidade do bem de família legal não é absoluta. O artigo 3º da Lei n. 8.009/90 elenca sete hipóteses em que pode haver a sua penhora, quais sejam: crédito dos trabalhadores da própria residência e de suas contribuições previdenciárias; crédito do financiador de residência; crédito alimentar; crédito tributário, preço público e despesas condominiais; crédito hipotecário; crédito resultante da sentença penal condenatória; e crédito decorrente de fiança locatícia.

Porém, por ser o próprio Estado o instituidor do bem de família legal, é evidente que tem por intuito a defesa e a proteção do núcleo familiar, visto ser uma norma de ordem pública. Diante disso, verifica-se que ao tratar das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, é necessária muita cautela e atenção por parte do Poder Judiciário, momento que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o norteador de qualquer decisão, como medida de aplicação da verdadeira justiça para o litígio, que envolve o locador cobrando o fiador.

O assunto acerca da penhora do bem de família do fiador locatício mostra-se polêmico e bastante debatido na doutrina, embora no ano de 2006 o Plenário do Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado sobre a questão ao decidir pela constitucionalidade do artigo

3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 no Recurso Extraordinário 407.688-SP de 08 de fevereiro de 2006. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento do Ministro Cezar Peluso ao negar provimento ao Recurso Extraordinário e confirmar a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação. Essa posição também é seguida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Contudo, apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode compreender como encerrada a discussão sobre o assunto, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto no doutrinário, visto que existem julgados de outros tribunais, dentre eles Minas Gerais, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul, decidindo em sentido contrário ao que declarou o Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina pátria, por sua vez, verifica-se a existência de duas correntes de pensamento, bem distintas, acerca da possível (im)penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Os partidários da primeira posição entendem que o fim social ao qual a Lei n. 8.009/90 busca preservar deve ser o principal vetor de qualquer interpretação que vise analisar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, pois, seria um contrassenso que o Estado, diante do enfrentamento de inúmeras dificuldades na implementação de programas habitacionais e concretização do direito à moradia, ficasse inerte e indiferente à perda da moradia por aquele que já havia concretizado o sonho da casa própria, por motivos unicamente econômicos.

Já, para os adeptos da segunda corrente, a proteção constante da Lei n. 8.009/90 é passível de renúncia, pois está na parte dos direitos disponíveis, ou seja, a partir do momento que o fiador aceitou garantir a locação, renunciou a impenhorabilidade do bem de família, em face da autonomia privada que possui.

Todavia, não seria aceitável que a proteção do direito fundamental e social à moradia da entidade familiar do fiador de locação, justificada na própria razão de ser do instituto do bem de família, viesse a ser prejudicada em decorrência de uma constrição judicial ocasionada pela inadimplência do locatário, o devedor principal.

Conclui-se, então, pela impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, visto que, com fulcro na alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 26 e pelo próprio escopo da Lei n. 8.009/90, resta claro que a exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º,

acrescentado pela Lei n. 8.245/91, afronta não só o direito à moradia, como também o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

O direito à moradia, como um direito fundamental de segunda geração, deve assegurar à residência do fiador a sua impenhorabilidade, por força da observação criteriosa do princípio da isonomia, disposto no artigo 5º da Lei Maior, que o iguala ao reconhecido direito do afiançado, bem como no resguardo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que não há razão para estabelecer tratamento diferente entre o locatário e o seu fiador, eis que tal norma trata de modo desigual os iguais envolvidos na mesma relação contratual, sobretudo porque a obrigação do fiador é acessória à do locatário, não havendo justificativa para prever a impenhorabilidade do bem de família em relação a este e vedá-la em relação àquele.

Assim, realizando uma interpretação conforme a Constituição, acredita-se que outorgar ao titular do direito de crédito, o locador, a possibilidade de, num possível processo de execução, excutir o único bem imóvel residencial do fiador é preterir a Carta Maior e desconsiderar a essencialidade do direito fundamental à moradia.

Dessa forma, qualquer norma infraconstitucional que ao ser editada desfavoreça o exercício do direito à moradia está dissociada em seu conteúdo com o almejado pela Constituição Federal. Logo, mesmo que tenha sido aprovada regularmente e tenha obedecido às formalidades legais no momento de sua elaboração, o sistema apresentará incoerência lógica, eis que em descompasso com o que proclama a Lei Maior.

Constata-se, então, que a atual posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao bem de família do fiador de locação não está de acordo com a concretização do princípio da dignidade humana, com a isonomia constitucional e, muito menos, com o direito à moradia. Portanto, faz-se necessária a revogação do inciso VII, do artigo 3º da Lei n. 8.009/90, para a necessária coerência do ordenamento jurídico, quer pelos fundamentos constitucionais apresentados, quer pelos fundamentos civilistas declinados.

Por fim, a prevalência do direito à moradia é complemento indispensável para atingir o objetivo da eficácia do princípio constitucional da dignidade humana, bem como, o

cumprimento da função social da propriedade, almejado pela Carta Maior e revela-se imprescindível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador*. Estudos Jurídicos, São Leopoldo: Unisinos, v. 34, n. 92, set./dez. 2001. p. 91-117.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.
- ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 14 abr. 2011.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e a impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, ano 57, n. 384, out. 2009. p. 11-39.
- AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2005.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Código Civil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Constituição Federal. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Súmulas do STJ. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 182.223-SP*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Brasília, DF, 20 de set. de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 402489-RJ*. Relator: Ministro Castro Filho, Brasília, DF, 26 de out. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 697893-MS*. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF, 21 de jun. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 152520-SP*. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Brasília, DF, 23 de fev. de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 16553-SC*. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 28 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 947518-PR*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 08 de nov. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 38949-RJ*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, 22 de mar. de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 407.688-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fev. de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 23 jul. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *A função social da propriedade territorial urbana e a concretização do direito de moradia digna: o novo papel do direito de superfície*. Disponível em: <<http://www.unisinos.com>> Acesso em: 02 abr. 2012.

CERQUEIRA, Katia Leão; ALMEIDA, Ana Paula de. Concretização dos direitos humanos e fundamentais no constitucionalismo contemporâneo: uma questão de participação cidadã. In: GORCZEWSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 521-537.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 14 abr. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil: família, sucessões*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDENONSI, Augusto Cezar Olesiak; AWAD, Fahd Medeiros. Conteúdo do direito à moradia em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo*, Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, v. 3, 2010. p. 139-151. Disponível em: <<http://www.upf.br/direito>> Acesso em: 05 set. 2011.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

COZER, Danielle Braun Calavotte. O bem de família do fiador de locação à luz do direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 12, v. 46, abr./jun. 2011. p. 231-265.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 4º vol. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5º vol. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 3º vol. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREDIANI, Yone. Bem de família. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 44, out./nov. 2007. p. 7-14.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

- _____. *Novo curso de direito civil: contratos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.
- KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais e sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.
- LANGARO, Maurício Nedeff; RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. O direito promocional como incentivo à cidadania e aos direitos humanos fundamentais. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 581-608.
- LAUERMANN, Maritana Copatti. A efetividade dos direitos sociais prestacionais. A educação: breves apontamentos acerca do mínimo existencial e da reserva do possível. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos, tomo 2: a segunda geração em debate*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. p. 105-121.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1995.

MANIGLIA, Elisabete. Direitos humanos: razões e significados no contexto rural. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 241-249.

MARCONATTO, Cristiano Cuozzo. Direitos sociais enquanto direitos fundamentais: uma análise à luz de sua efetivação e a possibilidade de limites e restrições. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direito humanos, tomo 2: a segunda geração em debate*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. p. 161-176.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2009.002408-3/0000-00*, da 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Campo Grande, 20 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>> Acesso em: 15 set. 2012.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-87.

MAZEAUD, Henri y León; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEZZAROBBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos fundamentais de segunda classe. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 41-74.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento Cível n. 1.0702.04.137604-8/001*, da 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Tarcisio Martins Costa. Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> Acesso em: 25 jul. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil 2: direito de família*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil 3: direito das coisas*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, João Hora. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 6, v. 29, jan./mar. 2007. p. 173-200.

NETO, Paulo Restife; RESTIFE, Paulo Sérgio. *Locação – reforma da lei 8.245/1991: questões processuais e substanciais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NÓBREGA, Andréia Andrade da. Proteção à dignidade do fiador: construção constitucional e civil para a impenhorabilidade do bem de família. *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 21, abr./maio. 2011. p. 52-74.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 14 dez. 2011.

OLIVEIRA JUNIOR. José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERES, Tatiana Bonatti. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, abr./jun. 2010. p. 71-90.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-138.

PIRES, Nara Suzana Stairn. Direitos humanos: análise na participação política do Estado Democrático de Direito e da cidadania. In: GORCZEWSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 429-447.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70048870174*, da 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Sérgio Scarparo. Porto Alegre, 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01 set. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Marizélia Peglow da; GORCZEWSKI, Clovis. O direito de moradia como um direito fundamental social: a posse moradia, o problema da habitação e o urbanismo. In: GORCZEWSKI, Clovis (Coord.). *Direito humanos, tomo 2: a segunda geração em debate*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. p. 7-24.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2008.015983-3*, da 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Florianópolis, 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 01 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 14 dez. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 14 dez. 2011.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 2001.

- SILVA, Nanci de Melo e. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOARES, Rafael Machado. *Direitos fundamentais e expectativas normativas: o caso da função social da propriedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STURZA, Janaína Machado; NUNES, Josiane Borghetti Antonelo. Reflexões acerca da concretização de direitos: democracia e cidadania como elementos essenciais para a consecução de políticas públicas de inclusão social. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 319-338.
- TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 44, out./nov. 2007. p. 15-23.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TERRA, Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos. A cidadania como meio eficaz para a implementação dos direitos humanos em busca da sedimentação, pela educação, de alguns fundamentos da participação política. In: GORCZEVSKI, Clovis (Coord.). *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 163-188.
- TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direito civil: direitos reais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direito civil: contratos em espécie*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.